

## Procedimiento Penal Intervencion De Comunicaciones Telefonicas Motivacion

### JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Buenos Aires, a los doce

días del mes de marzo del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Juan Carlos Gemignani y Mariano Hernán Borinsky como Vocales, asistidos por el Secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 214/218vta. de la presente causa Nro. 16.807 del Registro de esta Sala, caratulada: ?T. V., R. y otros s/recurso de casación?; de la que RESULTA: I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de esta ciudad en el marco de la causa nro. 2020 de su registro, con fecha 1 de noviembre de 2012, falló, en cuanto aquí interesa: ?I. DECLARAR la nulidad del auto de [fs.] 144/5 en cuanto dispone la intervención de las líneas correspondientes a los abonados ?, ?, ?, ? y ? y, de todo lo actuado en consecuencia (arts. 166 y sgtes. 236 del C.P.P.N., ley 25.873 y 18 y 19 de la C.N.)? (?). II. SOBRESEER a R. T. V., D. T. V., C. R. A. I., O. O., D. R. D., M. R. D., L. G. D., J. H. A. I., M. G. D., A. S. Á., C. J. C. S., M. M. G., A. C. y O. A. C.. III. DISPONER LA INMEDIATA LIBERTAD de O. O., C. R. A. I., L. G. D., A. C. y O. A. C.?? (ver fs. 159/166vta.). II. Que, contra esa decisión, interpuso recurso de casación el señor Fiscal General subrogante, doctor Oscar Fernando Arrigo, el cual fue concedido a fs. 219/219vta. y mantenido en esta instancia a fs. 233. III. Que el Sr. Fiscal General encarriló sus agravios en las previsiones del inciso 2º del art. 456 del código de forma. Así, luego de discurrir sobre la procedencia del recurso y los antecedentes de la causa, cuestionó la resolución del tribunal por considerar, por un lado, que aquel carecía de facultades revisoras de lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad y por el otro, que el auto fulminado de nulidad se encontraban, en realidad, debidamente fundado. En tal dirección, señaló que la resolución que el Tribunal a quo reputara como nula, se encontraba dentro del marco de legalidad del proceso y que cumplimentaba los requisitos que exige el artículo 236 del C.P.P.N. Para así decir, consideró que al referirse a ?auto fundado? la jurisprudencia llegó incluso a aceptar una motivación ?imperfecta o implícita? o hasta un simple decreto. Del mismo modo, sostuvo que los argumentos brindados por el juez de instrucción para intervenir los abonados cuestionados, eran bastantes a los fines pretendidos. Al efecto, se remitió a lo resuelto por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, en cuanto resaltó la importancia de las tareas preventivas de la que surgía que O. O. llevaba una vida bastante ostentosa en relación a su ocupación laboral declarada. Por otro lado, recordó que la Cámara dijo que la actividad ilícita se desarrollaba ??puertas adentro, es decir que se lleva adelante en la clandestinidad y a espaldas de la ciudadanía en general, y pese a todo la prevención obtuvo alguna información de los vecinos en torno a que el imputado estaba involucrado en el negocio de las drogas??. Se agravio también el Ministerio Público Fiscal de que la resolución cuestionada era una reiteración de presentaciones efectuadas en distintas etapas de la causa y que fueran oportunamente rechazadas por los anteriores magistrados. Finalizó haciendo reserva del caso federal. IV. Que en la oportunidad que otorgan los arts. 465 y 466 del código adjetivo se presentó la Sra. Fiscal General ante esta Cámara, Dra. Irma Adriana García Netto quién solicitó fundadamente se hiciera lugar al recurso Fiscal. Así, luego de reiterar los agravios de su colega de grado, explicó que en el resolutorio cuestionado se afectaron los principios de preclusión y progresividad, puesto que la nulidad había sido ya tratada por la alzada federal. Sobre el punto, indicó que no se registraba una nulidad de orden absoluto que ameritara la reedición de la cuestión, lo que revelaría en realidad, un recurso de casación solapado contra la decisión de aquel tribunal. De tal suerte, visto que no sobrevinieron circunstancias diferentes a las analizadas por la Cámara, la decisión del a quo debía ser anulada por afectar el interés público comprometido en toda causa penal. En orden a la cuestión de fondo, la Fiscal General sostuvo que el auto fue erróneamente anulado, ya que tanto la intervención telefónica como la prórroga dictada, se encontraban razonablemente fundadas, ya que resultaban ser el medio más adecuado para verificar los extremos denunciados. Agregó que los escasos elementos brindados por la denuncia anónima, fueron luego corroborados mediante la investigación practicada por las fuerzas de prevención, de lo que se afirmó la sospecha sobre la entidad delictiva del accionar de O.. Así, entendió que el resolutorio puesto en crisis aparecía como arbitrario a la luz de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la que citó jurisprudencia y doctrina. Finalizó resaltando por qué a su entender la medida se ajustaba a lo dispuesto por el artículo 236 del C.P.P.N. y por lo tanto, resultaba válida. A su turno, se presentó la Dra. María Ivana Carafa, Defensora Oficial ad-hoc, asistiendo a O. A. C., quien solicitó fundadamente el rechazo del recurso interpuesto por el acusador público. En primer lugar, consideró que el recurso del Ministerio Público Fiscal transgredía el principio de ne bis in ídem, puesto que se estaría sometiendo a su pupilo a un nuevo proceso judicial, del que ya fuera desvinculado. Por otro lado, planteó la violación a la garantía de los imputados a ser juzgados en un plazo razonable. Citó abundante jurisprudencia y doctrina al respecto. Asimismo, entendió que la resolución del Tribunal Oral se encontraba debidamente fundada y que el

recurso Fiscal debía ser rechazado por consistir en una mera discrepancia con la decisión recurrida. En ese sentido, señaló que el auto tachado de nulidad no contiene fundamento alguno (o al menos suficiente) para la medida que disponía y que lo contrario implicaba solamente "convalidar el resultado" de la investigación. Hizo reserva del caso federal. V. Que en la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., la defensa del imputado A. C. presentó breves notas que lucen agregadas a fs. 283/285 en la que solicitó fundadamente se rechace el recurso del Ministerio Público Fiscal. Superada dicha etapa, de lo que se dejó constancia a fs. 287 la causa quedó en condiciones de ser resuelta. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky. El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo: I. Que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, más allá de las objeciones de la defensa, toda vez la sentencia recurrida es de aquellas definitivas previstas en el art. 457 del C.P.P.N., la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla -art. 459 del C.P.P.N.-, los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual. II. Sorteado el test de admisibilidad y a los fines de adentrarme en el análisis de las cuestiones traídas a estudio del tribunal, cabe recordar que se cuestiona en la presente la declaración de nulidad del auto de fs. 144/145vta., por el cual el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 11 de esta ciudad dispuso la intervención y escucha de diversos abonados telefónicos. Es de advertir que la cuestión no se presentaba como novedosa puesto que el planteo de nulidad había sido oportunamente rechazado por el Juzgado instructor (ver fs. 52/57) y confirmado por la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad a fs. 112/116 vta. No obstante ello, a raíz de un nuevo planteo de la Dra. Elisabeth Rodríguez (ver fs. 126/132vta.) y que contara con la adhesión del Defensor Público Oficial a fs. 139/40 y la Dra. Gladys Marta Pollio (ver fs. 142/151), el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de esta ciudad decretó la nulidad del auto por el cual se dispusiera la intervención y sobreseyó a todos los imputados. III. Ello me dirige al análisis del agravio relativo a la falta de potestad del a quo para decretar la nulidad alegada por el recurrente, el cual, adelanto desde ya, debe ser rechazado. En efecto, así lo estipula el artículo 168 segundo párrafo del Código Penal al disponer que las nulidades previstas en el artículo 167 y aquellas que impliquen violación de las normas constitucionales "deberán ser declaradas de oficio, en cualquier estado y grado del proceso?". Amén de ello, nuestro más alto tribunal ha tenido la chance de expedirse en los antecedentes "Napoli" (Fallos 319:192) y "Fernández" (Fallos 319:149), ocasión en la que se permitió a los tribunales el control de oficio de las nulidades absolutas advertidas en la investigación en cualquier momento del proceso y más allá de los agravios concretos vertidos por las partes. En palabras del tribunal "de la lectura del expediente se advierte una transgresión a la garantía constitucional de la defensa en juicio de tal entidad que -más allá de cualquier imperfección en la habilitación de la competencia de la Corte para conocer en el caso- afecta la validez misma del proceso, circunstancia que debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiese planteado. En efecto, si bien es doctrina de este Tribunal que sus sentencias deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario, constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control, aun de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional no podría ser confirmada (T.209.XXII "Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad", considerando 2º, del 28 de diciembre de 1989)?" (conforme lo expresado en el considerando quinto del fallo Napoli, resuelto el 5 de marzo de 1996). De tal suerte, al advertir una nulidad de aquellas previstas en el segundo párrafo del artículo 168 del C.P.P.N. (en el particular una transgresión a los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional que consagra el derecho individual a la privacidad), el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de esta ciudad, tenía facultades "más allá del acierto o no de la decisión- para fulminar el auto cuestionado con dicha sanción. IV. Ahora bien, cabe adentrarse seguidamente en el análisis del agravio relativo a si la sanción de nulidad se encuentra ajustada a derecho. Luego, corresponde analizar si el decreto de fs. 144/145vta. resulta ajustado a derecho. Una primera aproximación nos la brinda el art. 236 del CPPN que establece; "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?. De esta forma, debe ponderarse si el primer requisito, es decir que el auto que ordene la medida se encuentre fundado, se ha satisfecho en la presente. Es jurisprudencia de esta sala IV en la causa nro. 7625, "Calancha López, Martín Alberto y otros s/ recurso de casación", reg. 13.530, rta. el 7/6/2010, que "los arts. 123 y 236 del C.P.P.N. establecen que el auto que ordena la intervención de comunicaciones telefónicas deberá ser fundado bajo pena de nulidad; requisito que, entonces, debe observarse dentro del marco de razonabilidad [?], y atendiendo a los fines que persiguen las normas en análisis, así como al interés general en el afianzamiento a la justicia. En razón de lo cual es oportuno resaltar que si bien la exigencia de motivación es el modo de garantizar que la intromisión en la intimidad aparezca como fundadamente necesaria (conforme surge del voto del doctor Petracchi en la causa Nro. 5798: "Torres, O.?", rta. el 19/2/92), no se exige a los magistrados una semiplena prueba de la culpabilidad de la persona que debe soportar el registro,

máxime teniendo en cuenta que esta medida no se dirige necesariamente contra el imputado (cfr.: esta Cámara, Sala II, causa Nro. 540 ?FUENTES, Bernardo Matías s/ recurso de casación/, Reg. Nro. 645, rta. el 9/10/95, del voto del doctor Fégoli)?. En definitiva, para resolver deben tenerse en cuenta las características de los hechos que estaban siendo investigados y que en este tipo de maniobras resulta de suma importancia reunir datos e información acerca de los mismos para así dilucidar eventuales responsabilidades. Ante este cuadro de situación, los elementos con los que contaba el juez antes de ordenar la medida cuestionada, eran de una entidad tal que ameritaban disponer la limitación de la garantía constitucional prevista en el artículo 19 de la Constitución Nacional ya que ??La exigencia de motivación no exige a los magistrados una prueba de la culpabilidad de la persona que debe soportar la invasión en su esfera de privacidad, sino tan solo una presunción razonable de la comisión de un delito...? (Ver Sala IV causa 14.934, ?Lucca, Rodolfo Osvaldo s/ recurso de casación? reg. 2393/12, rta. el 13/12/2012) Repárese en que la presente tuvo su génesis en la denuncia anónima de fs. 1 que decía ??en el barrio de Lugano, en la calle Larraya ? vive un vendedor de drogas llamado O. O., es boliviano, y fabrica la droga en la zona de Centenera y Tabare??, lo que motorizó la intervención del Área Delitos y Sumarios de la Superintendencia de Investigaciones de la Policía Metropolitana quienes se avocaron a corroborar o descartar los extremos denunciados. De tal suerte, se estableció que O. O. vivía en el lugar y que llevaba una vida bastante ostentosa en comparación con su actividad económica, consistente en el trabajo en un taller mecánico. Asimismo, se determinó que concurría asiduamente a domicilios que resultaban cercanos al lugar en el que la denuncia explicaba estaban instaladas ?cocinas? de estupefacientes y que en el barrio era sabido que ?está involucrado en el negocio de la droga?. Estas conclusiones fueron el producido de diversas tareas de investigación llevadas a cabo por la Policía Metropolitana de la ciudad de Buenos Aires (ver fs. 5/6, 7/8, 9/10, 11/12, 31/32 y 43/44). Pues bien, de la reseña del expediente efectuada se colige que los elementos que tenía a la vista el juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 11 de esta ciudad, resultaban bastantes para disponer la intervención telefónica de las líneas correspondientes a los abonados ?, ?, ?, ? y ?. Empero, aun contando con estos elementos de convicción y previo a disponer la intervención telefónica de los abonados, el Juzgado instructor profundizó las tareas de inteligencia ?ver fs. 51 y 57/143- e incluso le recibió declaración testimonial al preventor que las había desplegado ?confr. fs. 53-. Así las cosas, a la luz de las constancias relatadas y luego de un pormenorizado análisis considero que se ha cumplido con la manda legal. Ello es así porque el juez de grado ponderó en la ocasión la necesidad de contar con el contenido de las comunicaciones realizadas desde tales líneas telefónicas, debido a su importancia para la investigación. Se trata de un avatar procesal que de ningún modo conforma compromiso para garantía constitucional ni afectación de derechos personalísimos que no se encuentre legalmente justificada como parte de la obligación estatal de investigación de ilícitos (ver mi sufragio en causa 15.295 del Registro de esta Sala, caratulada ?Mondello, Carlos Alberto y otro s/recurso de casación? reg. 1758/13, rta. el 19 de setiembre de 2013). Así las cosas, se advierte que el resolutorio puesto en crisis adolece de un excesivo rigor formal que ha ido en desmedro de la oficiosidad pesquisitiva y por tanto, deberá ser anulado. V. Por ello, propongo al acuerdo HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General Dr. Fernando Arrigo, sin costas en la instancia y en consecuencia ANULAR el resolutorio de fs. 159/166, APARTAR al Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de esta ciudad y disponer la remisión a dicha sede para que por donde corresponda, se desinsacule un nuevo Tribunal que deberá llevar adelante el juicio a la brevedad. Tener presente la reserva del caso federal. Así voto.- El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: I. Que adhiero a la solución propuesta por el colega que lidera el presente acuerdo de hacer lugar al recurso de casación del señor Fiscal General contra la nulidad declarada por el tribunal a quo del decreto por el que solicitó la intervención telefónica de los abonados ?, ?, ?, ? y ?, y por ello, adhiero también a la propuesta de anular el sobreseimiento de los imputados y remitir la presente causa al tribunal ?a quo? para que tome conocimiento de lo aquí resuelto y, por quien corresponda, desinsacule un nuevo Tribunal para llevar adelante el juicio oral. En efecto, el decreto obrante a fs. 144/145 que dispuso la intervención en las comunicaciones telefónicas ha cumplido con los requisitos de motivación y razonabilidad exigidos por los arts. 123 y 236 del C.P.P.N., en tanto se presentó como el medio adecuado para avanzar con la investigación de la presente causa, la medida dispuesta guarda proporcionalidad y aptitud suficiente con ese fin y existió una razón valedera para fundar dicho acto de poder. El dictado de medidas de injerencia en el ámbito de la privacidad de las personas -como la analizada- debe ser dispuesto de manera restrictiva; sin embargo ello no presupone - como lo sostiene la defensa- certeza ni plena prueba de culpabilidad de la persona que deba soportarla, sino que basta con que la circunstancia que la sustente sea probable. Lo contrario implicaría exigir que los jueces conozcan de antemano el resulta de la medida que ordenan, cuando, justamente, lo que se intenta conocer es la verdad jurídica. Es por ello que deberá efectuarse un control de razonabilidad en cada uno de los supuestos sometidos a examen atendiendo a las particulares circunstancias del caso. En el sub examine el juez a cargo de la investigación consideró que la intervención y escucha telefónica se presentaba como el medio más adecuado para la investigación y averiguación de los hechos pesquisados. Recuérdese que el sumario tramitaba ante el Área de Delitos y Sumarios de la Superintendencia de Investigación de la Policía Metropolitana con motivo de que presuntamente

¿en el barrio de Lugano, en la calle Lacarra? se vende y produce droga?. Así y luego de varios meses de tareas de inteligencia encubiertas, la intervención telefónica se presentó como el único medio para avanzar con la pesquisa pues el delito que se estaba investigado se presentaba como complejo y se cometería ¿puertas adentro?. El juez valoró, además, que el imputado tenía un alto y costoso nivel de vida económica en relación con la actividad de mecánico de automóviles que desarrollaba, la escasa actividad advertida en el ¿taller mecánico?; que las conductas diarias que el imputado desplegaba no coincidían con la actividad de mecánico.

También consideró la complejidad del delito investigado en los presentes actuados (fabricación, producción y comercialización de estupefacientes), las características de los hechos investigados y el riesgo que podría acarrear el futuro de la investigación. A mayor abundamiento, cabe mencionar las manifestaciones realizadas por los vecinos en cuanto sostuvieron que era de público conocimiento que en el domicilio de O. se producía y comercializaba material estupefaciente. Por todo lo expuesto, no se advierte -como lo sostuvo el tribunal a quo- que la medida de injerencia en el ámbito de la privacidad que está siendo analizada haya sido dictada sin elementos suficientes para proceder conforme lo autoriza el art. 236 del C.P.P.N. Por el contrario, advierto que la intervención telefónica ordenada lo fue respetando cuanto prescribe el art. 236 del C.P.P.N. y, por ello, considero que la nulidad declarada por el tribunal a quo envuelve una demasía en la interpretación de las normas, extendiendo su ámbito de protección, encerrando así un fundamento sólo aparente por el que se tiende a descalificar un procedimiento válido y todos los actos que son su consecuencia. II. Por otro lado, en el caso no logra demostrar la defensa la violación a las garantías y principios constitucionales que invoca. En tal sentido, resulta oportuno recordar que la doble persecución penal implica la concurrencia de la identidad de persona (eadem persona), de objeto (eadem res) y de causa de persecución (eadem causa petendi); identidad cuya verificación no funda la defensa, teniendo en cuenta que en el presente proceso no recayó sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Tampoco logra demostrar la violación a la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, pues no explica de qué modo en el caso se verifica una prolongación injustificada del proceso que permita considerarla como irrazonable. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: Que coincido en lo sustancial con las consideraciones expuestas por mis distinguidos colegas, doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos, por lo cual adhiero a los votos precedentes y, en consecuencia, propongo al acuerdo: hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal General, doctor Fernando Arrigo, anular el resolutorio de fs.

149/166, declarar la validez del auto de fs. 144/5 y de todo lo obrado en consecuencia, y remitir las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por intermedio de quien corresponda, se prosiga con la sustanciación del proceso. Sin costas en la instancia (arts. 173, 471, 530 y 531 del C.P.P.N). Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por el Fiscal General Dr. Fernando Arrigo, sin costas en la instancia y en consecuencia ANULAR el resolutorio de fs. 159/166, APARTAR al Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de esta ciudad y disponer la remisión a dicha sede para que por quien corresponda, se desinsacule un nuevo Tribunal que deberá llevar adelante el juicio oral. Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de la Nación (Acordada 15/13, CSJN) a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara y remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS JUAN CARLOS GEMIGNANI MARIANO  
HERNÁN BORINSKY Correlaciones: K., A. O.; S., L. H. R.; D., H. L.; S., J. A. s/recurso de  
casación - Cám. Nac. Casación Penal - Sala III - 5/3/2013 Cita digital: