

## Procedimiento Penal Intervencion De Linea Telefonica Derecho A La Intimidad Nulidad Procesal

### JURISPRUDENCIA

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital

Federal de la República Argentina, a los 28 días del mes de junio de dos mil trece, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctor Alejandro W. Slokar, como Presidente, y los doctores Ángela Ester Ledesma y Pedro R. David, como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve a los efectos de resolver en la causa n° 12.606 caratulada "S., Á. s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por la doctora Irma Adriana García Netto, y con intervención del defensor público oficial ad hoc, doctor Nicolás Ramayón, por la defensa de Á. S. Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designada para hacerlo en primer término la juez Ángela Ester Ledesma, y en segundo y tercer lugar los jueces Pedro R. David y Alejandro W. Slokar. La señora juez Ángela Ester Ledesma dijo: -I- Llega la causa a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de casación deducido por la defensora pública oficial, doctora Amalina Silvia Elena Assaf, en ejercicio de la defensa de Á. S., contra la decisión de fecha 24 de febrero de 2010, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Cruz, que resolvió "1) No hacer lugar a las nulidades planteadas por las defensas de los imputados N. S. R., Á. D. S. y D. C. P.; [...] 3) Condenar a Á. D. S., de las demás circunstancias personales obrantes en el exordio a la pena de seis años prisión de cumplimiento efectivo, multa de pesos ..., accesorias legales (art. 12) y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de transporte de estupefacientes reiterado (dos hechos) y el delito de tenencia simple de estupefacientes, todos en concurso real entre sí (arts. 45 y 55 del Código Penal y 5to. Inc. "c" y 14 1° párrafo de la ley 23.737); [...] 6) Ordenar la incautación de los elementos secuestrados en la causa y la destrucción del tóxico previa obtención de muestras en cantidad suficiente para futuras periciales, para lo que deberá librarse oficio a Gendarmería Nacional y al Municipio local a los fines de que colabore con la incineración de los mismos, conforme art. 30 ley 23.737." (fs. 830/850 vta.). La impugnación fue concedida a fs. 901/902 vta. y mantenida ante esta instancia a fs. 928. Los autos fueron puestos en término de oficina a fs. 942. Finalmente, celebrada el día 29 de mayo del corriente año la audiencia prevista por el artículo 468 del CPPN, la causa quedó en condiciones de ser resuelta. -II- a. El recurrente encarriló sus agravios de conformidad con ambos incisos del artículo 456 del CPPN. En relación al punto dispositivo 1 de la sentencia recurrida, expresó que la orden de intervención de la línea telefónica utilizada por Á. S. carecía de fundamentos y por ello es nula, al igual que los actos producidos con posterioridad. Citó jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en tal sentido. Más adelante agregó que la falta de argumentación autónoma contraría lo reglado por el artículo 236 del código ritual. Por otro lado, remarcó que el Juez había dispuesto las escuchas por treinta días, operando el vencimiento de este plazo el 8 de junio de 2008, no obstante lo cual fueron valoradas en la sentencia de condena las transcripciones pertenecientes a los días 9 y 10 de junio. Asimismo, indicó que fue un exceso de discrecionalidad permitir al personal policial transcribir las partes que resulten útiles para la investigación, porque eso era delegar la definición de lo que es de interés para la causa. Como un planteo distinto, recordó que los cuatro gramos de estupefaciente por los cuales S. fue condenado por tenencia simple, eran para consumo personal. Explicó que la coimputada R. habría indicado en el debate que su defendido era consumidor. Criticó que el fallo no haya considerado esta circunstancia al menos como un atenuante en la determinación de la pena. También señaló que el Tribunal agravó el monto de la sanción por haber aprovechado a la nombrada para sus designios delictivos, pero que ella no era una "mujer débil y manipulada", sino alguien que cambió su declaración en el debate cuando le fueron exhibidos todos los elementos secuestrados en su domicilio. Agregó que resulta incongruente que los consortes de causa hayan recibido cuatro años y su defendido seis, cuando la única atenuante que se le reconoció a R. fue que era adicta y joven madre. Por último, cuestionó que se haya incautado el automóvil de S. pues no había sido utilizado para el delito y solicitó la devolución. Finalizó el recurso solicitando que se declare la nulidad del auto obrante a fs. 30 que ordenó las escuchas telefónicas y de todos los actos procesales dictados en su consecuencia. En forma supletoria, solicitó la absolución de Á. S. en orden al delito de tenencia simple y que le sea impuesta al nombrado la misma pena que a N. R. por el delito restante. Hizo reserva del caso federal. b. En la oportunidad prevista por los artículos 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, quien fuera Fiscal General ante esta Cámara, el doctor Juan Martín Romero Victorica, afirmó que si bien la investigación prevencional tuvo su génesis en una llamada telefónica anónima, la Policía de la Provincia de Santa Cruz dio inmediato aviso al Fiscal Federal quien autorizó el inicio de las tareas de inteligencia. Señaló en lo referente al tiempo por el cual fueron ordenadas las intervenciones telefónicas, que el periodo se cuenta a partir de la efectiva realización y no desde el momento en el que son ordenadas. Agregó que no es necesario que el magistrado participe de la transcripción y que es indiscutible la facultad de delegar

este trabajo en auxiliares de la justicia. Por otro lado, respecto de la calificación legal que correspondía a S. por el hecho de tener en su domicilio 1,89; 0,70 y 1,47 gramos de clorhidrato de cocaína, expresó que los sobres encontrados con la droga no resultaba suficiente razón para acreditar la ultraintención requerida por la figura de tenencia de estupefaciente con fines de comercialización pero tampoco se había acreditado la condición de consumidor del encausado, razón por la cual el encuadre legal en las previsiones del artículo 14 párrafo primero es correcto. Acerca del requerimiento del recurrente de que sea aplicado a su asistido el mismo monto de pena que a R., indicó que no existe igualdad de condiciones entre ambos condenados. Adicionó que los jueces valoraron la sanción a imponer en función de las pautas contempladas en los artículos 40 y 41 del Código Penal y, en ese marco, tuvieron en consideración la cantidad de estupefaciente secuestrado, el ánimo de lucro del encausado y el aprovechamiento de la voluntad de su consorte de causa para concretar los hechos. Finalmente, en relación a la incautación del automóvil, apuntó que sin dudas el vehículo formaba parte de la empresa delictiva, según consta en el requerimiento de elevación a juicio y en el contenido de la denuncia anónima. Postuló el rechazo del recurso de casación interpuesto. c. En la misma ocasión, el defensor público oficial ad hoc ante esta Cámara, doctor Nicolás Ramayón, concurrió a ampliar fundamentos. En primer lugar, respecto de la intervención telefónica agregó a la falta de motivación de la orden alegada por el anterior defensor de S., que no había elementos objetivos para afirmar ex ante una sospecha razonable de algún hecho concreto de tráfico de estupefacientes, para hacer excepción a la garantía de intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones privadas, resguardada en los artículos 18 y 19 de la CN. Explicó que a la luz del precedente "Quaranta" (CSJN, Q.124.XLI), la denuncia anónima y las posteriores tareas no constituían elementos objetivos suficientes para fundar una mínima sospecha razonable de que la línea pertenecía a S. y que de las escuchas podrían surgir comunicaciones vinculadas al tráfico de estupefacientes. Citó el voto en disidencia del Juez Petracchi, en "Yemal" (CSJN, Fallos, 321:510). Amplió aclarando que respecto de su defendido sólo pudo constatarse que habría entregado a un sujeto algo que no se pudo establecer lo que era (a lo que sólo se hizo referencia a que era un objeto pequeño). También agregó que durante la inteligencia realizada en la vivienda, los policías sólo pudieron observar personas que ingresaban y salían de la casa, sin especificar, por lo demás, en cuantas oportunidades y en qué circunstancias lo hacían. Desde otra perspectiva, con invocación del precedente "Catrilaf" (C.2979.XLII, 26 de junio de 2007), agregó nuevos agravios. Por un lado, sostuvo que el seguimiento personal ordenado por el Fiscal afectó la "garantía sustantiva que prohíbe el derecho penal de autor", pues este tipo de pesquisas únicamente tiene legitimidad constitucional cuando versa sobre un hecho concreto pero no cuando consiste en la investigación de la forma de vida de una persona (arts. 18 y 19 de la CN). En ese sentido destacó que en la denuncia anónima ni siquiera se hizo alusión a ninguna circunstancia de tiempo, modo o lugar de algún hecho delictivo concreto. Adicionó que la circunstancia de que los agentes no hayan ingresado al domicilio no significa que no se haya configurado una intromisión en sus acciones privadas. También explicitó como un motivo de agravio que las tareas de vigilancia no se encuentran expresamente establecidas en el Código Procesal Penal de la Nación y que la Policía no tiene atribuciones para vigilar a personas ni aún con autorización judicial. Añadió que el fiscal no estaba habilitado para ordenar las tareas de vigilancia, pues al tratarse de una medida de intromisión estatal en el ámbito de las acciones privadas, correspondía al juez disponerla, lo que amerita que se declare la nulidad de la orden emitida por el fiscal, de conformidad con los arts. 167 inciso 2 y 168 del rito. Más adelante argumentó que también debía declararse nulo todo lo actuado con posterioridad, pues son actos consecutivos y dependientes de aquel, ya que no se encuentra demostrada ninguna vía alternativa de investigación. Esto según la doctrina del fallo "Rayford" (Fallos, 308:733). Por otra parte, argumentó que también se advierten serias irregularidades ocurridas con posterioridad. Apuntó que el debate se llevó a cabo sin convocar a los policías que realizaron las tareas de inteligencia, lo que implicó una falta de inmediatez de los jueces respecto de ellas. Sobre las condiciones en que se desarrolló el juicio oral, la defensa también afirmó que "se trató de un debate virtual, casi escrito"; que esa parte ni siquiera tuvo la posibilidad de controvertir los informes policiales y que no se trata de documentos que puedan incorporarse por lectura de acuerdo a los artículos 391 y 392 del CPPN. Como planteo subsidiario al margen de la solicitada nulidad de las intervenciones telefónicas y de todo lo actuado con posterioridad, invocó errónea interpretación de la ley sustantiva por no haberse aplicado los precedentes "Arriola" y "Vega Giménez" respecto del estupefaciente hallado en el domicilio. Recordó que en tales fallos se sostuvo que solamente cabe descartar la calificativa prevista en el último párrafo del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23737 si con las pruebas adquiridas en el proceso puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad de consumo invocada por el imputado jamás existió. Alegó que la sustancia secuestrada en poder de S. se trataba de escasa cantidad y con muy baja concentración y que, por otro lado, la coimputada R. afirmó que S. era consumidor. En consecuencia -señaló-, dado que era estupefaciente para consumo personal y que no hay ningún indicio de afectación a terceros, corresponde declarar en el caso la inconstitucionalidad del artículo citado. Desde otro lugar, el defensor introdujo otro planteo subsidiario respecto de la pena impuesta a su asistido. Al respeto, sostuvo que la imposición de seis años de prisión era arbitraria. Explicó que no había ninguna prueba de cargo que acredite que el nombrado haya manipulado a R. para delinquir, pues ello sólo surgía de las declaraciones de la nombrada. Sobre

estas dijo que no podían tener valor probatorio, ya que, además de ser variadas y diferentes, pertenecen a alguien que sólo quería mejorar su situación (había solicitado la aplicación del artículo 29 ter de la ley 23.737). En esa línea, consideró que fue arbitraria la afirmación del Tribunal de que S. se aprovechó de "la débil voluntad de R.". Sobre esta aseveración el recurrente indicó que los magistrados no aludieron a las pruebas por las que llegaron a esa conclusión. Adicionó que tampoco fueron expuestos los motivos por los cuales se dijo que el carácter de empleado remunerado y la condición económica en general de su defendido podían constituir un agravante de la pena. Agregó que la valoración del ánimo de lucro supone un doble agravamiento de la pena, puesto que la interpretación teleológica del tipo penal de tráfico de estupefacientes ya contiene esa finalidad económica, por lo que no puede ser nuevamente considerada a los fines del artículo 40 y 41 del CP. Por último, apuntó que el Tribunal afirmó que no había ninguna circunstancia atenuante, sin dar ninguna explicación al respecto. Finalmente, acerca de la incautación del automotor, sostuvo que los sentenciantes incurrieron en errónea interpretación del artículo 23 del CP, pues la circunstancia de que S. hubiera acercado a la coimputada R. a la empresa de envíos, no implica que el vehículo haya sido un instrumento utilizado para cometer el hecho, pues ese aporte fue inocuo para el suceso. Explicó que la nombrada podría haber ido en taxi o en cualquier otro medio a retirar el envío, sin que hubiese cambiado la ejecución del hecho. En consecuencia, solicitó que se ordene la devolución del bien. Pidió que se haga lugar al recurso de casación, haciendo lugar a las nulidades planteadas o que, en subsidio, se reduzca la pena impuesta. Mantuvo reserva de caso federal.

-III- a. En forma preliminar, es oportuno recordar que en la sentencia recurrida, se tuvo por probado que "D. C. P. desde la ciudad de Córdoba el 5/06/08 envió dos encomiendas con destino a Río Gallegos, que arribaron el 11/06/08 y 12/06/08, destinatario: N. S. R., conteniendo 800 gramos y 797 gramos de cocaína respectivamente, que le vendió a Á. D. S. recibiendo como parte de pago la suma de \$ ...; a N. M. R., que prestó su nombre como destinataria de ambos envíos y en fecha 11/06/08 retiró de la oficina Sportman de la terminal una de las encomiendas amparadas bajo el número de guía ..., que contenía 800 gramos de cocaína, siendo aprehendida por la autoridad policial; y finalmente a Á. D. S. que acordó el transporte del estupefaciente con P. en las dos oportunidades, trasladó a R. hasta la terminal de ómnibus, el 11/06/08 en horas del mediodía, con su rodado Ford Galaxy ... para que retirara la sustancia estupefaciente que compró a P., pagando por ambos envíos y a cuenta la suma de \$ ...- Además que en su domicilio tenía 1,89 gramos, 0,70 gramos de cocaína, acondicionada en tres sobres de papel glasé para ser comercializada" (fs. 839 vta.).

b. Ahora bien, ingresando en el estudio de los agravios explicitados por el recurrente, habré de abordar el planteo en torno a la nulidad de la intervención telefónica ordenada a fs. 50, por ser una cuestión de claro tratamiento previo. Acerca de los lineamientos generales que rigen la materia, es menester recordar que, por tratarse de una medida altamente intrusiva, la intervención telefónica requiere una orden judicial fundada. Es decir, es necesario que el juez disponga su dictado como consecuencia de una investigación en trámite y corroborada la existencia de elementos objetivos suficientes que justifiquen su adopción, dado la afectación directa que produce a los derechos de intimidad, privacidad y propiedad privada (arts. 17, 18, 19 y 75 inc. 22 de la CN; 13 inc. 1 y 21 inc. 1 de la CADH; 17 inc. 1 y 2 del PIDCyP; y 12 de la DUDH). La reglamentación a estas normas constitucionales se encuentra plasmada en el artículo 236 de la ley ritual. Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Quaranta" (Fallos, 333:1674) señaló que "tal derecho federal sólo es realizable de modo efectivo restringiendo ex ante las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él, sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. Sólo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal [...] De tal modo, si 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 fundamentos, la intervención judicial carecería de sentido pues no constituiría control ni garantía alguna (ver "Matte" Fallos: 325:1845 y su cita)"-considerando 18-.

Seguidamente, el Máximo Tribunal aclaró que una orden judicial emitida a los fines de develar el contenido de las comunicaciones telefónicas "sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable (ver "Yemal", disidencia del juez Petracchi, considerando 5° y sus citas, Fallos: 321:510)." Esta doctrina fue reafirmada posteriormente en "Flores Castillo" (CSJN, F. 183. XLIII, 7 de diciembre de 2010). En similar sentido, expuse al votar en la causa n° 12.131, "Beltrame, Ernesto Rafael (p); Beltrame, Ernesto Rafael (h); Sosa, Roberto Oscar s/recurso de casación", resolución registro n° 965/10, de fecha 30 de junio de 2010, de la Sala III de esta Cámara -a cuyas citas y consideraciones me remito- que estas medidas no pueden ser proactivas. Ello en atención a que los principios de progresividad y proporcionalidad imponen que mientras más agresivas sean las restricciones de derechos personales, se requiera mayor cúmulo de elementos probatorios demostrativos de la probabilidad de la comisión del hecho. También puntualicé allí -con cita de la causa 4039 "Aranda, María Inés s/ recurso de casación", del 28/11/02 registro 5346 de la Sala II (voto del Dr. Madueño)- que "Los motivos y las razones que le dan sustento [a las órdenes dictadas según el artículo 236 del CPPN], podrán surgir: a) del propio decisorio, si el magistrado explícita en el mismo decreto los argumentos por los cuales dispuso la medida, [...] y

c) de las incontrovertibles constancias arribadas al proceso con anterioridad al dictado del auto, siempre que surja de manera indubitable la necesidad de proceder. En otros términos, que lo ordenado sea derivación lógica de lo actuado o una consecuencia categórica de las probanzas colectadas con antelación. La justificación de la medida estará dada por la existencia de tres presupuestos: a) proporcionalidad, esto es que no cabe acordar la medida de intervención telefónica ante infracciones de escasa consideración [...]; b) subsidiariedad, ello significa que la medida puede acordarse cuando no haya otro medio de investigación menos dañoso y c) utilidad, es decir que con el dictado de la medida se pueda comprobar o descubrir alguna circunstancia importante para el proceso". En síntesis, las normas constitucionales citadas al principio imponen el requisito ineludible de que la resolución judicial que la ordena esté fundada conforme a los parámetros expuestos. c. Así, a la luz de los lineamientos arriba indicados, corresponde ahora memorar en qué circunstancias el Juez dispuso la medida impugnada. A fs. 1 obra un informe policial de fecha 4 de marzo de 2008, donde consta que en la Sección Leyes Especiales de la Jefatura de Policía de la Provincia de Santa Cruz se recibió un llamado telefónico anónimo, en el que una persona de sexo masculino manifestó: "si voltearon a los F., por qué no voltean al N. S., que vende merca en el casino y me arruinó la vida [...] anda en un Galaxy bordó y tiene celular ...". Comunicada esta circunstancia, el señor Fiscal, doctor Miguel Ángel Segovia, requirió a dicha dependencia la realización de tareas de vigilancia y seguimiento "tendientes a corroborar las sospechas sobre conductas que prima facie infringirían la ley 23737, que se llevarían a cabo en el casino de [Río Gallegos] por parte del apodado "N." S. [...] Hágase saber que se encuentran autorizados a iniciar tareas de vigilancia y de seguimiento sobre las personas que se mencionan [...] sobre quienes se establecerá datos de identidad, domicilios, teléfonos, personas y lugares que frecuenten. Asimismo, se encuentran autorizados a tomar fotografías y filmaciones, las que serán elevadas sin editar" (fs. 2). En respuesta, el 15 de abril de 2008 la prevención elevó a la Fiscalía un "prontuario biográfico" de Á. D. S., del cual surgió, entre otros datos, el domicilio del nombrado (fs. 12/16). Con fecha 2 de mayo del mismo año, el Fiscal solicitó ser informado sobre la continuidad de las tareas ordenadas (fs. 18). En el parte obrante a fs. 23 y ss., los agentes detallaron que el 17 de abril de 2008, apostados en vigilancia frente a la residencia del nombrado, la que -según indicaron-constaba de una casa al frente, un pasillo lateral y al fondo del terreno otra construcción, pero "que debido a los árboles de gran tamaño existentes en la vereda y en el patio interno no se logra observar claramente" (fs. 23). Seguidamente, relataron que a las 21: 30 horas de aquel día "se observa ingresar al pasillo referido a una persona de sexo femenino [...] no pudiéndose determinar si ingresó hacia la vivienda sita en el fondo del terreno o por la puerta lateral". También dijeron que vieron a S. arribar con una mujer de edad avanzada y retirarse solo, luego de un momento. Aclararon que "Al respecto se deja constancia de que no se logró obtener secuencias fotográficas en virtud de los árboles [...] y la escasa iluminación, obstaculizaron la visibilidad". Acompañan a este informe fotografías de casi nula visualización de los extremos que pretenden ilustrar. Así, por ejemplo, pueden verse flechas de color añadidas a las imágenes con la inscripción "Ford Galaxy pte. ...", que señalan áreas totalmente renegridas de aquellas, donde nada cercano a un vehículo puede distinguirse (confrontar fs. 23 y 25). En el mismo parte, los preventores también manifestaron que observaron a dos personas de avanzada edad retirarse del lugar y que, posteriormente, ingresó alguien que luego de un momento se fue de allí "presurosamente y mirando hacia ambas direcciones". Este individuo se movilizaba en un automóvil, pero se dejó constancia de que no pudo divisarse el dominio del vehículo en cuestión como también así que era imposible apreciar lo que acontecía en la parte trasera del terreno (fs. 25). Los agentes expresaron que "se agrega secuencia fotográfica", pero esta consistió en realidad en dos fotografías; una de ellas ennegrecida casi en completitud donde apenas puede apreciarse una sombra que sería la persona indicada. La siguiente imagen es una foto borrosa de un automóvil del cual no pueden observarse más características que su color aparentemente blanco (confrontar fs. 25 y 26). Así transcurrieron las tareas de inteligencia del 17 de abril de 2008. La vigilancia se reanudó el día 23 de dicho mes y se llevó a cabo desde las 11:30 hasta las 13:00 hs. En tal ocasión, los policías informaron que una persona de sexo masculino ingresó al domicilio de S. para retirarse minutos después en un Renault Clío. Se procedió a su seguimiento hasta la calle Entre Ríos ..., donde el sujeto ingresó. Tras esta última observación, apuntaron: "12:40 Hs.: Regresamos nuevamente a la vigilancia de la vivienda sita en calle Libertad nro. ... [el domicilio de S.]. 13:00 hs.: Se finaliza con las tareas, sin novedad". Acompañan tres fotografías donde se observa una persona cruzando la calle y la patente del vehículo mencionado (fs. 30). El 25 de idéntico mes y año, se retomó la observación. Según fue informado, siendo las 12:30 hs. un individuo ingresó a la casa y se retiró a los veinte minutos "hablando por celular y fumando un cigarrillo". Una hora después, el imputado y su pareja [G. N.] salieron del hogar en su automóvil, fueron seguidos, y así los vieron detener la marcha y entrar a la finca de Entre Ríos ..., cuarenta minutos después salieron y abordaron el vehículo junto con otra persona [identificada por los agentes como D. T.]. Posteriormente, los mencionados se trasladaron hasta un taller mecánico de Renault. Media hora después salieron del lugar, regresaron a Entre Ríos ..., y de allí se retiraron S. y N. en el mismo automóvil. Al final del informe "Se dej[ó] constancia de que a los fines de no poner en riesgo el éxito de la investigación se finalizó con la vigilancia y seguimiento" (confrontar fs. 34/39). A fs. 44 obra parte policial que afirma que a las 21:50 del día 29 de abril de 2008, pudo verse al Ford

Galaxy propiedad de S. estacionar frente al Hotel Oviedo, sito en Libertad ..., del que salió un sujeto que se aproximó al rodado, desde el cual el nombrado habría hecho entrega de un "elemento de pequeñas dimensiones" que la persona guardó en el bolsillo de su pantalón. Instantes después el imputado se retiró del lugar y el otro individuo ingresó al hotel. No se efectuó seguimiento ni interceptación de ninguno. A fs. 46, obra por último la siguiente constancia: "A partir de las 14:30 hs., hasta las 00:00 hs. [del 5 de mayo de aquel año], personal abocado a tareas de relevamiento y vigilancia, no han podido tener continuidad en las tareas investigativas, en razón de que el ciudadano Á. D. S. y G. A. N., se trasladan únicamente en vehículo. Asimismo nos hemos visto dificultados para efectuar una vigilancia del domicilio [...] en razón [de] que los puntos de observación no reúnen los requisitos necesarios para no ser detectados". Por este motivo, la fuerza de seguridad requieren la intervención de la línea telefónica que utilizaría el imputado (fs. 46/47). Recibida esta presentación, el Fiscal solicitó al Juez que disponga la intervención telefónica (fs. 49). El día 9 de mayo de 2008 el magistrado actuante resolvió el pedido favorablemente, en base a las siguientes consideraciones: "Atento [a] lo solicitado por la Fiscalía y en atención a que según surge de los informes remitidos por la Sección Leyes Especiales de la Policía de la Provincia se habrían verificado conductas y movimientos propios de la entrega de estupefacientes por parte de Á. D. S. y que éste utiliza el teléfono celular N° (...) ... de la Empresa CLARO cuyo titular es J. O. N., dispóngase la intervención telefónica por el término de treinta (30) días del citado servicio telefónicos" (fs. 50). d. A partir de la reseña arriba realizada se colige que los partes de inteligencia aportados por la policía resultaron inocuos en relación a los fines de la investigación. Los primeros estuvieron caracterizados porque nada pudo ser observado. En efecto, la falta de visualización quedó plasmada en las renegridas fotografías agregadas, con flechas agregadas a las imágenes que apuntan a puntos indeterminados de esas zonas totalmente oscuras. También surge de lo que relataron los propios agentes, que refirieron que no podía verse por donde ingresaban las personas ni lo que sucedía en el terreno de la casa, el dominio de los vehículos, etc. Los informes siguientes dan cuenta principalmente de la entrada y salida de individuos, sin que se haya divisado que estos sujetos lleven algo en sus manos y sin que hayan sido interceptados en ninguna ocasión. También dan cuenta de cómo ingresaba el nombrado a su vivienda o cómo se trasladaba hasta otra dirección y luego regresaba. Todos datos que ni siquiera en conjunto pueden ser considerados como elementos con aptitud para corroborar el contenido de la denuncia o de conductas delictivas en riña con la ley n° 23.737. En este punto también es pertinente recordar que todo tuvo inicio con una denuncia anónima de alguien que dijo que S. vendía estupefacientes "en el casino", donde llamativamente no se realizó ninguna tarea de inteligencia. En cambio, se decidió apostar la vigilancia en el domicilio del nombrado (dato surgido del "prontuario biográfico" que elaboró la prevención, obrante a fs. 12/16, pues en la denuncia no fue aportado). Por último, corresponde hacer referencia al parte obrante a fs. 44. Allí se informa que S. entregó a un joven algo que no pudo visualizarse. El sujeto no le entregó nada a cambio y se retiró. Hay que destacar que no fue interceptado y, además, llama la atención que el relato policial no fue apoyado con fotografías o filmaciones, siendo que así se venían realizando todas las tareas de investigación precedentes -por disposición del Fiscal-. También hay que decir que la constancia, de una foja, sólo da cuenta de ese dato aislado, sin precisar si se trató del resultado de una observación apostada en ese lugar o en razón de qué otra circunstancia esto haya sido divisado por los agentes del orden. En consecuencia, esta circunstancia no puede por sí sola constituir una sospecha con la contundencia necesaria para dar sustento a una orden de intervención telefónica, máxime aunada a los anteriores resultados de la investigación que, como se dijo, no daban cuenta de ningún factor indicativo relevante respecto de la comisión de un delito en el marco de la ley 23.737. Todo esto en virtud de las consideraciones expuestas en el punto b. Por otra parte, no puede soslayarse que tanto el pedido del Fiscal como la disposición de la medida por el Juez respondieron directamente a la decisión de la fuerza de seguridad actuante de dar por concluida la vigilancia. En razón de la presentación de fs. 46/47, aducen (a dos meses de que fue dispuesta por el Fiscal la realización de las tareas de inteligencia) que no es posible dar cumplimiento porque S. se movilizaba siempre en automóvil y porque los puntos de observación no reúnen los requisitos necesarios para no ser detectados. Lo cierto es que ni el Fiscal ni el juez pueden limitar su actuación a ratificar lo actuado por los órganos auxiliares de la justicia, sino que debieron ponderar la razonabilidad de lo propuesto por los preventores respecto de la oportunidad y procedencia de tal medida excepcional. Ante tales condiciones, considero que antes de ordenarse aquélla diligencia excepcionalísima, hubiera sido conveniente, en todo caso, redireccionar las tareas de averiguación a fin de procurar mejores posibilidades de obtener elementos concretos que develen la actividad ilegal anoticiada. Reitero, en el lugar que fue apuntado como el sitio de comisión de las conductas contrarias a la ley 23.737 (el casino) no fue llevado a cabo ningún modo de indagación de la veracidad de lo denunciado. En el contexto detallado la sucinta referencia a que se habrían verificado conductas y movimientos propios de la entrega de estupefacientes ofrecida sin mayores precisiones como argumento para disponer la medida, no satisface el requisito de que la orden sea fundada, sino que, muy por el contrario, sólo patentiza la orfandad de motivación para disponer las intervenciones telefónicas. Y, como vimos, esta deficiencia en la exposición de razones tampoco puede ser suplida por los antecedentes inmediatos de la decisión judicial bajo examen. En definitiva, todo lo expuesto impide considerar a dicha resolución como una orden válidamente emitida,

de acuerdo al artículo 236 del CPPN y a las normas constitucionales supra citadas, lo que impone que sea declarada nula (art. 168 del CPPN). e. Ahora bien, sentado cuanto precede, corresponde todavía analizar si existe un camino distinto de la intervención telefónica que sustente la imputación en contra del encausado. Ello es así, en razón de que "si existe en un proceso un cauce de investigación distinto del que se tenga por ilegítimo, de manera de poder afirmarse que existía la posibilidad de adquirir la prueba cuestionada por una fuente independiente, entonces esta prueba será válida" (Carrió, Alejandro D., Garantías constitucionales en el proceso penal, 4° edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000, pág. 248). Este es el mismo criterio que ha tenido nuestro Máximo Tribunal en los casos "Rayford" (Fallos 308:733), "Ruiz" (Fallos 310:1847), "Daray" (Fallos 317:1985). En el primero, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "...no se advierte que la pesquisa haya tenido vida por una vía distinta de la que consta efectivamente en la causa [...]. Una observación racional de lo ocurrido a partir de entonces conduce a la conclusión invalidante de los actos subsiguientes [...]. Tal como se encaminó la investigación se puede aseverar que ello habría sido imposible porque no existen otros indicios que conduzcan a éste [...]. No hubo otros cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo el curso". El Alto Tribunal también sostuvo que "[c]onceder valor a las pruebas obtenidas por vías ilegítimas y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con la garantía del debido proceso, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias" (Fallos, 308:733). En tanto que en el precedente "Ruiz", por otra parte, se afirmó que para apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio "...debe analizarse la concatenación causal de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional [...] de manera que por esa vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados, teniendo en cuenta la posibilidad de adquisición de las evidencias por otras fuentes distintas de las que se tengan por ilegítimas. De tal modo, deberá descartarse por ineficaz la prueba habida en la causa, siempre y cuando su obtención dependa directa y necesariamente de la violación de la garantía de que se trate, o bien cuando sea una consecuencia inmediata de dicha violación [...]". En "Daray" la Corte sostuvo que "no es suficiente para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente que, a través de un juicio meramente hipotético o conjetural, se pueda imaginar la existencia de otras actividades de la autoridad de prevención que hubiesen llevado al mismo resultado probatorio; es necesario que en el expediente conste en forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado" (voto de los Dres. Petracchi, Fayt, Boggiano y López). En ese marco, entiendo que corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a la orden de intervención telefónica, pues no se verifica la existencia de un cauce independiente de investigación, toda vez que (de acuerdo a las constancias de la causa) no hubo una fuente autónoma de conocimiento y prueba, que permita sostener -mediante supresión hipotética- que en el caso era posible llegar por medios legales y no conectados con la violación a los derechos indicados, a las mismas consecuencias procesales (ver Maximiliano Hairabedián, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivados en el proceso penal, Ad-hoc, Buenos Aires, 2002, p. 67). En efecto, la interceptación de las encomiendas, en virtud de la cual fue habido el material estupefaciente, detenidos los imputados y registrados sus domicilios, fue pedida por el fiscal y ordenada por el magistrado actuante en razón de los datos obtenidos a partir de las escuchas (fs. 64, 65, 67/75, 85/86, 97/105 y 111/122). De modo tal que no hubo varios cauces de investigación sino sólo uno, cuya fuente, al estar viciada, contaminó todos los actos posteriores. Esta es la lectura que corresponde realizar del caso en virtud de la expuesta doctrina del más Alto Tribunal, tesis que, además, ha sido reafirmada puntualmente en relación a los derivados de la nulidad de escuchas telefónicas ilegales en el ya citado fallo "Quaranta". Allí precisamente se recordó que "...a partir del caso "Rayford" (ver considerandos 51 y 61, Fallos: 308:733), esta Corte ha establecido que si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél, y la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional" (considerandos 22 y 23). Por ende, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir de la orden de intervención telefónica obrante a fs. 50, por ser contraria a la garantía consagrada en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional y de las demás disposiciones internacionales de jerarquía constitucional ya referidas. f. Finalmente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 441 del CPPN, corresponde hacer extensivos los efectos de la presente sobre la situación procesal de N. S. R. y D. C. P. Por todas las consideraciones arriba vertidas, habré de proponer al acuerdo, hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas; anular todo lo actuado en la causa, incluyendo el debate público celebrado y la sentencia de fs. 830/850 vta.; Absolver a los imputados Á. D. S., N. S. R. y D. C. P.; remitir la causa al tribunal de origen, a fin que adopte las diligencias necesarias (arts. 18, 19, 75 inc. 22 de la CN; 123, 168, 471, 530 y concordantes del CPPN), resultando inoficioso que me expida sobre los restantes agravios introducidos por el recurrente. Así es mi voto. El señor juez doctor Pedro R. David dijo: Que habré de manifestar brevemente mi disidencia por cuanto a mi entender en la resolución de fs. 50 se encuentra adecuadamente fundamentada la orden de

intervención telefónica dispuesta. En efecto, en esta Sala se ha dicho, aunque con otra integración que con relación al significado de la expresión "auto fundado", "el diccionario de la Real Academia Española (vigésima primera edición, año 1992) define el término fundar, en la acepción que aquí interesa, como 'apoyar con motivos y razones eficaces o con discursos una cosa'. Los motivos y razones que dan sustento al decisorio, podrán surgir: a) del propio decisorio, si el magistrado desarrolla en el mismo decreto la argumentación sobre la cual reposa la medida; b) de otra pieza procesal a la cual el auto se remita en forma inequívoca, y de la cual surjan con claridad los fundamentos que los avalan; c) de las incontrovertibles constancias arrimadas al proceso con anterioridad al dictado del auto, siempre que de las mismas surja de forma indubitable la necesidad de proceder, o en otras palabras, que esta última sea una derivación lógica de lo actuado hasta el momento ... Por vía de principio, cualquiera de las tres modalidades antes descriptas satisfacen el recaudo de 'apoyar con motivos o razones eficaces'" (confr. "Urquía, Justo Ramón y otro s/recurso de casación", causa n° 894, reg. n° 1307, rta. el 28 de febrero de 1997; "Ballesterero, Raúl Omar s/ recurso de casación", causa n° 3055, reg. n° 3990, rta. el 11 de abril de 2001; entre otras). La presente causa tiene su inicio en un llamado anónimo efectuado en sede policial. A ello siguió una serie de tareas de vigilancia y de seguimiento sobre la persona nombrada en la denuncia, autorizándose a la prevención a tomar fotografías y filmaciones. A fs. 12/16, 23/32, 34/47 obran las actuaciones de la prevención. En ellas se informó acerca de los desplazamientos de S., casi siempre en automóvil, y de las dificultades para la investigación en razón de la estructura edilicia del domicilio de Libertad ... Así afirmaron los preventores que la casa "posee un pasillo ubicado a la izquierda del observador, asimismo se observa que al final del pasillo se encuentra una puerta trasera sobre la pared de la vivienda; por otra parte se hace constar que en el mismo terreno parte fondo, se logra divisar que existe otra vivienda, en tanto que debido a los árboles de gran tamaño existentes en la vereda y en el patio interno no se logra observar claramente" (fs. 23). Luego de informar las reuniones que mantenía el investigado con otras personas, así como la entrada y salida de personas del pasillo sobre el cual se ejercía la vigilancia, la prevención da cuenta de que el 29/4/2008 a las 21:50 hs, "se observa circular en rodado For Galaxy color bordó dominio ... al ciudadano Á. D. S. alias el N. por la arteria Vélez Sarsfield tomando calle Libertad hasta estacionarse en dársena del Hotel Oviedo sito en calle Libertad ... esta, en forma repentina y ya siendo las 21.53 hs, se logra apreciar salir del hotel, a una persona de sexo masculino, joven, de entre 25 y 30 años de edad, de contextura física delgada, tez blanca, cabello con rulos corto castaño claro, de una altura aproximada de 1,65 a 1,68 mts., el cual vestía una remera color salmón y pantalón de jeans color azul; dicho sujeto se aproxima al rodado por el lado del conductor y allí se observó que el ciudadano S., sin bajar del vehículo y a través de la ventana (lado conductor) hace entrega de un elemento de pequeñas dimensiones al masculino descripto anteriormente. En ese momento el sujeto guardó el elemento en el bolsillo trasero del pantalón izquierdo. Instantes después siendo las 21.55 hs, ambos se reitiran del lugar, ingresando nuevamente el joven al hotel y el N. S., hace lo propio en su vehículo particular por calle Libertad hasta calle Perito Moreno, no se efectúa el seguimiento a fines de no entorpecer el éxito de la investigación". En ese marco, la orden del juez resulta alcanzada por el principio de razonabilidad, en la medida que habiéndose detectado situaciones sospechosas de intercambio de estupefacientes, no se advertía una medida menos intrusiva para continuar con la investigación. Es dable señalar que no se requiere semiplena prueba de culpabilidad para proceder a las escuchas, pues bastan circunstancias concretas que permitan la sospecha, y en el caso, los informes policiales que preceden a la intervención, así como también el análisis que realiza el fiscal de instrucción a fs. 49, dan cuenta acabada de circunstancias concretas que resultaban sospechosas y de la necesidad de la intervención telefónica en razón de que no se avizoraban medidas investigativas menos intrusivas. Respecto a la imposibilidad de otras medidas menos intrusivas, es dable señalar que la prevención a fs. 46 informó que el "personal abocado a tareas de relevamiento y vigilancia, no han podido tener continuidad en las tareas investigativas, en razón de que el ciudadano Á. D. S. y G. A. N., se trasladan únicamente en vehículo. Asimismo nos hemos visto dificultados para efectuar una vigilancia en el domicilio ubicado en Libertad n° ... ésta, en razón que los puntos de observación no reúnen los requisitos necesarios para no ser detectados". En esas condiciones, a mi criterio no se dan los mismos presupuestos de hecho que motivaron el fallo "Quaranta" de la CSJN, puesto que hay más que la sola denuncia anónima para fundamentar la medida; y la orden se encuentra adecuadamente fundada en las constancias previas obrantes en la causa. El modo en que se ha resuelto la cuestión en el acuerdo, me exime de contestar el resto de los agravios planteados por las defensas. Tal es mi voto. El señor juez doctor Alejandro W. Slokar dijo: Que en las particulares circunstancias del sub examine, comparte en lo sustancial y adhiere a la solución que propicia la juez que inaugura el acuerdo, en mérito a cuanto lleva dicho sobre el tópico en la causa n° 7793, caratulada: "Herbas Ramírez, Rubén Roberto y González Chaima, Carmen Rosario s/recurso de casación" (reg. 19962, rta. 21/5/12), y así vota. En mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, RESUELVE: HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas; ANULAR todo lo actuado en la causa, incluyendo el debate público celebrado y la sentencia de fs. 830/850 vta.; ABSOLVER a los imputados Á. D. S., N. S. R. y D. C. P.; REMITIR la causa al tribunal de origen, a fin que adopte las diligencias necesarias (arts. 18, 19, 75 inc. 22 de la CN; 123, 168, 441, 471, 530 y concordantes del CPPN). Regístrese, hágase saber, comuníquese y cúmplase

con la remisión ordenada, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. ALEJANDRO W. SLOKAR PEDRO R.  
DAVID ÁNGELA ESTER LEDESMA Ante mí: MARÍA JIMENA MONSALVE SECRETARIA DE CÁMARA  
Correlaciones: Ocupantes de Congreso s/medidas - Cám. Nac. Crim. y Correc. ? Sala I - 03/05/2012  
Cita digital: