

Cámara Federal de Casación Penal

Causa N° 7793 –Sala II-
“HERBAS RAMÍREZ, Rubén R.
y otro s/ recurso de casación”

REGISTRO N° 19962

///la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de mayo de dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el juez doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las juezas doctoras Angela Ester Ledesma y Ana María Figueroa como Vocales, asistidos por la Secretaria, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la decisión obrante a fs. 2146/2148 de la presente causa n° 7793 del registro de esta Sala, caratulada: “HERBAS RAMÍREZ, Rubén Roberto y GONZÁLEZ CHAIMA, Carmen Rosario s/recurso de casación”, representado el Ministerio Público Fiscal por el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la defensa por los doctores Luis Leiva y Rubén Fragapane.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultaron designados para hacerlo en primer término el juez doctor Alejandro W. Slokar y en segundo y tercer lugar las juezas doctoras Angela Ester Ledesma y Ana María Figueroa, respectivamente.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

-I-

1º) Que por sentencia de fecha 27 de octubre de 2006, cuyos fundamentos fueron leídos el día 3 de noviembre del mismo año, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Mendoza resolvió en la causa N° 1745-H de su registro y sus acumuladas N° 1751-F y 1309-Y, entre otras cuestiones, condenar a Rubén Roberto Herbas Ramírez, como autor penalmente responsable de los delitos de comercio y transporte de estupefacientes previsto y reprimido en el art. 5º, inc. c, con el

agravante del art. 11 inc. c, de la ley 23.737, a la pena de ocho años y seis meses de prisión y multa de tres mil pesos; con declaración de reincidencia (art. 50 C.P).

También condenó a Carmen Rosario González Chaima, como autora penalmente responsable del delito de transporte y comercio de estupefacientes previstos y reprimidos en el art. 5 inc. c), con los agravantes del art. 11 incs. a y c, de la ley 23.737 a la pena de siete (7) años de prisión y multa de quinientos pesos (puntos dispositivos 1 y 3 del fallo de fs. 2146/2148, cuyos fundamentos obran a fs. 2164/2183 vta.).

Contra esa decisión la defensa interpuso recurso de casación (fs. 2192/2214), que fue concedido a fs. 2222/2222 vta. y mantenido a fs. 2229.

2º) Con invocación del motivo previsto en el inc. 2º del art. 456 del C.P.P.N., sostuvo, en primer término, la nulidad de las resoluciones de fs. 517, 697 y 701, como la de todos los actos que se dictaron a consecuencia de aquéllas (arts. 123, 166 y 236 C.P.P.N., art. 18 y 33 C.N., art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Expresó que las escuchas telefónicas, cuya erradicación del proceso peticiona, derivaron de las que se venían produciendo en la causa n° 10.293-D respecto de Carlos Mazzei, a partir de lo cual se “abrió una causa nueva para investigar una supuesta red de tráfico propia del nombrado”.

Recordó que con relación a Raúl Herbas, se obtuvieron tres conversaciones, que a criterio de la prevención “eran indicativas de movimiento de tráfico de estupefacientes, a saber 1) lo que surge de fs. 192 (25/3/04) donde se dice que un tal Roberto habla con Mazzei y por lo tanto ‘podría ser un proveedor de droga’, 2) lo que surge de fs. 354 cuando Roberto le pide a Mazzei u\$s 500 y éste le dice que se lo entregará a la esposa y 3) lo que surge de fs. 386 cuando Mazzei le refiere a Lourdes (esposa de Herbas) que le tiene que entregar u\$s 500 por lo que le faltaba de los ladrillones”. Destacó que sobre esta base, y “a fin de profundizar la investigación...” (fs. 516), se solicitó al juez federal la interceptación del teléfono fijo desde el cual se comunicaban “Roberto” y “Lourdes” con Carlos Mazzei, petición a la que se le dio curso favorable y se justificó “[...] por su necesidad y utilidad, teniendo en cuenta la gravedad y naturaleza del ilícito que se denuncia e investiga...”. Agregó, asimismo, que con este fundamento se procedió (vid. fs. 697) a interceptar el teléfono celular de Malvina (hija del imputado Herbas), y luego el del imputado Herbas (auto de fs. 701), no obstante que entre “las sucesivas intervenciones nada sospechoso surgió de las escuchas que justificara continuar interviniendo teléfonos para profundizar la investigación”.

Bajo estas precisiones, descartando como fundamento suficiente para legitimar la invasión a la privacidad de las comunicaciones la necesidad de profundizar la investigación de un delito (*vid.* informes de la prevención) y al mismo tiempo la frase sistemática que invocó el juez instructor a fs. 517, 697 y 701, señaló la recurrente que los antecedentes de Roberto Herbas con el tráfico de estupefacientes fueron en definitiva lo que motivó las cuestionadas escuchas telefónicas.

Como segundo motivo de agravio se planteó la falta de fundamentación de la sentencia para rechazar el planteo de nulidad. En este aspecto, indicó que la carencia de razones para sospechar y de fundamentos para intervenir los teléfonos llevó al tribunal a quo a realizar afirmaciones formales vacías de contenido, reveladoras del modo arbitrario con que se resolvió la cuestión planteada. Entre ellas destacó aquella a través de la cual se sostuvo que se cumple con el requisito de fundamentación del auto de intervención telefónica cuando el pronunciamiento se remite clara, precisa y concretamente a las circunstancias o constancias de determinadas piezas de la causa, no obstante que en el caso en ninguna de las resoluciones cuestionadas (fs. 517, 697 y 701) existen remisiones a los fundamentos que la prevención invoca para justificar la medida solicitada, sencillamente -enfaticó- “[...] se han recepcionado las peticiones y se han librado las órdenes de intervención bajo un fundamento genérico y aparente”.

Por último, y sin perjuicio de los cuestionamientos esgrimidos de modo previo, solicitó la tacha de nulidad de la sentencia condenatoria por falta de motivación y aparente fundamentación (art. 404, inc. 2° CPPN).

Afirmó al respecto que se interpretaron en forma fragmentada los elementos de prueba colectados en autos y de este modo se forzó la conclusión a la que se arribó: “Herbas es culpable del transporte de estupefacientes detectado en autos”. Indicó en lo sustancial que no “[...] fueron valoradas cuáles eran las reales actividades de Herbas (fabricación de ladrillos y actividades agrícolas) y las pruebas que en ese sentido se agregaron; nunca se consideró la inexistencia de vinculación de Herbas con su hermano, ni con el hijo de Carmen González que trajo la droga ni con la otra persona (López Saavedra). Nunca se determinó con certeza el destino del dinero; por el contrario se presumió que era para estupefacientes forzando conclusiones derivadas de la relación familiar que [su] defendido lo unía con su hermano Tomás y su concubina. Por otra parte, presuponiendo que el dinero se utilizó

efectivamente en la adquisición de la cocaína, nunca se probó que Herbas conociera esa circunstancia. Lo único real es que Herbas tuvo una condena en una causa por tráfico de estupefacientes y ello ha sido utilizado por el Tribunal de juicio como punto de partida para atar sus presunciones: ‘si tenía experiencia en la materia, seguro que giró el dinero para la adquisición de estupefacientes a fin de que fueran transportados hacia nuestro país, como ya lo ha hecho en otra oportunidad’.

En otro orden, sostuvo la defensa que igualmente arbitraria es la sentencia en cuanto condenó a Carmen González Chaima. Señaló de modo pormenorizado las probanzas de las que se hizo mérito a su respecto y, en tal sentido, concluyó la recurrente que “[...] las pruebas no han sido valoradas adecuadamente; que de hechos sencillos han sido interpretadas situaciones que se consideran pruebas contra [su] defendida; que frente a la inexistencia de pruebas concretas, se recurre al mecanismo de derivar la existencia de meras conjetura realizadas por el Tribunal sobre la base de una interpretación caprichosa de las escuchas telefónicas”.

Por último, hizo reserva del caso federal.

3º) Durante el plazo del art. 465 del C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 del mismo cuerpo legal, se presentó el Fiscal General, doctor Ricardo Gustavo Wechsler y, en base a las consideraciones vertidas en su dictamen de fs. 2267/2272, solicitó que se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa.

4º) Que, con fecha 11 de septiembre de 2009, esta Sala tuvo por desistido el recurso de casación interpuesto respecto de Carmen Rosario González Chaima (fs. 2525).

5º) Que a fs. 2332 se dejó debida constancia de haberse celebrado la audiencia prevista en el art. 468 del C.P.P.N., por lo que el recurso quedó en condiciones de ser resuelto.

-II-

Que el recurso interpuesto es formalmente admisible, pues satisface las exigencias de interposición y de admisibilidad toda vez que la sentencia recurrida es definitiva (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459 del código citado), y se invocó el inc. 2º del art. 456 del mismo ordenamiento legal.

Así, el examen de la sentencia debe abordarse de acuerdo con los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal, Matías Eugenio” (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea

de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).

-III-

Que tal como se desprende de la reseña efectuada en el acápite anterior, la defensa reclama como cuestión principal, la declaración de nulidad de las órdenes de intervenciones telefónicas dispuestas por los autos dictados a fs. 517, 697 y 701, para sostener en los siguientes apartados que conforman su presentación impugnativa que la sentencia deviene estructuralmente inválida por ser carente de motivación. Luego, consideró que la fundamentación que lo sostiene es sólo aparente (arts. 123 y 404, inc. 2º, del C.P.P.N.).

Entiendo que corresponde examinar los agravios siguiendo el orden expositivo propuesto por la recurrente, más aún por la ineludible implicancia que el reconocimiento de la nulidad planteada aparejaría respecto del progreso del examen de la sentencia atacada y, consecuentemente, del segmento recursivo que viene construido de modo subsidiario.

En este orden, a los fines de resolver sobre la legalidad de las injerencias cuestionadas, deviene prioritario repasar las secuencias causídicas que precedieron a las respectivas decisiones.

Cabe pues señalar que, como se anuncia en la presentación casatoria y según da cuenta la sentencia misma, la formación de la presente causa “[...] deriva de las intervenciones telefónicas solicitadas por el denominado ‘Centro de Reunión’ de Gendarmería Nacional Argentina sobre las líneas utilizadas por Carlos Mazzei, en virtud de las actividades sospechadas de infracción a la ley 23.737 por parte de aquél con otras personas, de lo que dan cuenta los preventivos de fs. 1/2, 8/10, 86/87, 121/122, 127/128, 146/148, 192/194, y 664, entre otras, en donde -según el preventivo elevado al juez de la instrucción- Carlos Mazzei se contactaba con otros sujetos [...] residentes en la ciudad de San Martín (Mendoza) y en las conversaciones que mantenía con éstos, se mencionaban figurativamente términos elípticos que podrían hacer referencia a estupefacientes. En ese mismo preventivo de fs. 664, se refiere una llamada de Carlos Mazzei -ya objeto de investigación en esas escuchas por presunta infracción a la ley 23.737- desde su celular N° 154-7290086 con un tal ‘Roberto’, cuya conversación es transcripta a

fs. 660 y a fs. 665 y el tal 'Roberto' resulta identificado como Rubén Roberto Herbas Ramírez, conforme los archivos obrantes en tal fuerza de seguridad, y que el número telefónico fijo N° 421-7509 que utiliza es de titularidad de su hija Carina Nancy Herbas Grageda (fs. 665). Asimismo, de las averiguaciones de campo se hipotizó que 'Roberto' tendría dos hijos de nombre Sandro y Walter, cuyos teléfonos celulares N° 155-262914 y 155-017674, y que estarían siendo utilizados por 'Roberto' Herbas. Por ello, la prevención solicitó al juez de la instrucción la intervención de las líneas telefónicas N° 421-7509 (fijo de Herbas), n° 155-262914 y 155-017674 (celulares de Sandro y Walter, hijos de Herbas), así como la instalación de un identificador de llamadas sobre la línea 421-7509".

Ahora bien, del cotejo de los informes de la prevención que precedieron a las medidas jurisdiccionales de fs. 517, 697 y 701, surge que el personal de Gendarmería Nacional distingue de entre las escuchas que se venían produciendo sobre el abonado telefónico correspondiente a Carlos Mazzei, que el nombrado se comunica "[...] el 05 Feb 04, con un sujeto identificado como 'Roberto' (con acento salteño), a quien Mazzei le dice que va a ir a verlo, llevando la 'calculadora' y 1500 dólares. Con posterioridad a este diálogo, Mazzei le comenta al 'Turco' que ya contactó al 'muchacho'" (fs. 178/179).

En esta línea de investigación, con fecha 25 de marzo de 2004, se anoticia a la sede del tribunal que Carlos Mazzei "[...] recibió una llamada de 'Roberto' referenciado en el anterior informe, quien le avisa que llegó a la provincia y 'que tiene algo para él', motivo por el cual quiere verlo a su casa y le pregunta por 'lo anterior', respondiendo Roberto que lo anterior está resuelto. Pese al seguimiento que se realizó a MAZZEI no se pudo determinar ni el lugar ni a la persona. En base a las conversaciones, se aprecia que Roberto podría ser un proveedor de droga" (cfr. fs. 192/194).

El seguimiento de la vigilancia que se estaba produciendo arroja el dato que el "[...] abonado fijo 4259349 [...] el día 17 Ago 04 recibe una llamada de Roberto (por la voz), quien le solicita 500 dólares, a lo que Carlos le dice que se lo puede tener para el día viernes, que cualquier cosa pasa por su casa y se los deja a su mujer, además Carlos le dice que lo escucha con eco, si estaba en la fábrica, a lo que Roberto le contesta, que se encuentra en el campo. Atento a esto se presume que Roberto llama de un teléfono celular y no se encuentra en la provincia." (cfr. parte del 27 de agosto de 2004 que quedó depositado a fs. 354/355).

Seguidamente se observa en las actuaciones un nuevo informe preventivo que anuncia en los primeros días de septiembre de 2004 que "[...] MAZZEI se contacta con la mujer de ROBERTO,

quien aparentemente estaría en Bolivia, a fin de darle un dinero (500 dólares) que faltaban por los ‘ladrillones’”, y se aclara que dada la falta de planillas de llamadas “no se tiene aún el número telefónico al que llamó MAZZEI”.

Se llega así al aviso de la sección Mendoza de Gendarmería Nacional del 5 de octubre de 2004 por el que se informa a los estrados del Juzgado Federal N° 3 de Mendoza que “[...] Carlos MAZZEI se comunica con ‘Roberto’ y ‘Lourdes’, señora de éste a un teléfono fijo [...] y que el número de teléfono en cuestión es el 0261-4217509, a nombre de Nancy Carina Herbas GRAJEDA”, y en estas circunstancias se gestiona la intervención del abonado telefónico de referencia.

Este *petitum* cobró curso favorable a través del dictado del auto jurisdiccional que obra a fs. 517, y contra el cual se alza la recurrente en la convicción de que el dispositivo no reúne la motivación suficiente para autorizar la injerencia en el derecho a la privacidad de las comunicaciones. La nulidad deducida impone examinarla a partir del art. 236 del rito, que exige al juez proceder por “auto fundado” para ordenar la intervención de las telecomunicaciones del imputado, o para obtener los registros del tráfico de comunicaciones del imputado o de quienes se comunican con él. La exigencia de fundamentación sirve no sólo a la publicidad y control republicano, sino que también persigue la exclusión de decisiones irregulares o arbitrarias (cfr. C.S.J.N., Fallos 236:27, 240:160, y 315:1043, voto en disidencia del juez Petracchi y más recientemente 333:1674 “Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 causa n° 763”), y pone límite a la libre discrecionalidad del juez, posibilitando el control de sus decisiones.

En tal sentido reúno la convicción de que reducir la exigencia de “motivación” a la indagación o comprobación de la existencia de algún motivo es contrario a la finalidad de garantía que persigue la exigencia misma. No puede reducirse el término “motivos” a los antecedentes que “mueven” al juez a adoptar una decisión, pues en este sentido, salvo el caso de un autómatas, todas las personas dotadas de voluntad -entre ellas los jueces- obran en función de algo que los motiva a hacerlo. Así, toda decisión judicial tiene algún motivo, cualquiera que éste sea. Y la ley exige algo más al decir que las sentencias y los autos “deberán ser motivados”. Entre otras finalidades, el requisito persigue evitar ex ante la arbitrariedad judicial y ex post permitirle al afectado conocer el fundamento de la decisión que lo agravia y eventualmente promover su control por los órganos competentes.

En tales condiciones, todos los elementos materiales que constituyen los presupuestos de la orden de intervención de las telecomunicaciones deben ser reconocibles en el auto del juez que la ha decidido. En general, debe reunir, cuanto menos la referencia a: a) los elementos de hecho que sustentan la sospecha; b) la necesidad e idoneidad de la medida para conseguir el fin perseguido, c) las valoraciones en torno a la gravedad del hecho que justifican la injerencia. Es la invocación de estos elementos la que, en definitiva, permitirá conocer el juicio seguido por el juez, y posibilitará ex post el examen de proporcionalidad en cuanto mecanismo para evitar injerencias arbitrarias.

Por lo demás, llevo dicho que toda medida de coerción personal que importa una injerencia de los derechos fundamentales, debe ser sometida al test de orden internacional y constitucional que importa la teoría general de los límites o conjunto de requisitos formales y materiales para las restricciones de derechos, que operan a modo de límites a la capacidad limitadora, y que deben ser sorteados, a saber, entre otros: la habilitación constitucional, la reserva de ley, la causalización, la judicialidad, la adecuación, la necesidad, la proporcionalidad y la compatibilidad con el orden democrático (causa n° 14.090 “Díaz, Ernesto Rubén s/ recurso de casación”, reg 19.518, rta.25/11/2011).

Bien es cierto que el rito no determina cuál es el grado de concreción exigible a la decisión judicial para que satisfaga el requisito de fundamentación. Empero, rige la regla general de la “razonabilidad” como derivación de la forma republicana y democrática de gobierno (arts. 1, 14 y 33 de la C.N.). Como se trata en el caso de la restricción de derechos que corresponden a la esfera de libertad personal, la facultad judicial de ordenar intervenciones telefónicas en los términos del art. 236 del C.P.P.N. debe además ser interpretada restrictivamente, según lo manda el art. 2 del mismo cuerpo legal. Así, si bien debe reconocerse a los jueces un cierto margen de apreciación, éste no es absolutamente discrecional, en la medida en que están obligados a expresar por escrito -al menos de modo sucinto- los motivos de hecho que fundamentan la decisión de la medida de intervención telefónica.

En ese orden, la motivación presupone un cierto conocimiento del hecho objeto del proceso, que no podría ser menor que la relación circunstanciada del hecho que exige el art. 188, inc. 2° del ritual. No bastarán las meras alusiones a sospechas genéricas de que se están cometiendo o se han cometido delitos, ni a rumores, corazonadas o intuiciones, sino que debe haber una inferencia fundada y relevante basada en las circunstancias fácticas objetivas que obren a disposición del juez.

Desde esta comprensión de las exigencias mínimas del art. 236 del C.P.P.N. es que, entiendo, debe examinarse la cuestión planteada por la defensa.

Vuelvo sobre las constancias del proceso, y reputo que el magistrado federal para autorizar la interferencia de las comunicaciones telefónicas del imputado Herbas Ramírez conjeturó que el requerimiento de la prevención se encontraba “[...] justificada por su necesidad y utilidad, teniendo en cuenta para ello la gravedad y naturaleza del ilícito que se denuncia e investiga, debiendo tenerse en cuenta la investigación realizada por Gendarmería Nacional de la que resultaría que del análisis e interpretación del control telefónico 0261-154672280 y 0261-154706004 (actualmente intervenidos) surge que Carlos MAZZEI se comunica con ‘Roberto’ y ‘Lourdes (esposa de Roberto) a un teléfono fijo siendo aplicable lo solicitado a fs. sub 516” (cfr. fs. 517).

Sin embargo en esta fórmula no puede reconocerse la más mínima referencia al contenido de las conversaciones de las que se desprendería que las personas que se comunicaban con Carlos Mazzei, y que se identificaban como “Roberto” y “Lourdes”, tuvieran o pudieran tener algún tipo de conexión con una probable actividad ilegal de tráfico de estupefacientes, como presumían los operadores de Gendarmería Nacional vinculados a la pesquisa.

Es más: tampoco la mención de elementos objetivos concretos de la investigación que definan un estado de sospecha por la comisión de un delito se produjo en las subsiguientes resoluciones que vienen siendo cuestionadas y que han quedado depositadas a fs. 697 y 701, respectivamente, y que en definitiva tuvieran su razón de ser en aquella primigenia intervención.

Por otra parte dable es señalar que los partes preventivas que sustentaron la medida invasiva a las comunicaciones telefónicas que he indicado en el párrafo anterior, advertían que “[...] ‘Roberto HERBAS’ le dice a su hija ‘Malvina’ que atienda el celular, por lo que se deduce que es sería colaborando (sic) de su padre para llevar a cabo la actividad ilícita investigada, como así también con anterioridad ‘Roberto’ llamó a su hijo ‘Walter’ para pedirle los números de celulares de éste y de Malvina”, y que “[...] ‘RUBEN ROBERTO HERBAS’ posee un teléfono celular siendo el mismo 0261-15658378...” (cfr. fs. 696 y 700, respectivamente).

Al respecto, en modo alguno cabe entender en este anuncio preventivo una inferencia fundada de que se estaría cometiendo una posible infracción a la ley n° 23.737, ni un conocimiento circunstanciado

de un hecho concreto objeto de investigación en los términos del art. 188, inc. 2 del C.P.P.N., extremos que destaqué en párrafos anteriores como presupuestos ineludibles de la motivación exigida por la ley. A la luz de estas consideraciones se concluye en que corresponde declarar la nulidad de los autos obrantes a fs. 517, 667 y 701, respectivamente, en cuanto no satisfacen el mínimo de fundamentación que exigen las disposiciones de los arts. 236 y 123 del C.P.P.N., habida cuenta la sanción de nulidad expresamente prevista por la segunda.

En virtud de lo previsto por el art. 172 del mismo cuerpo legal, deberán transitar el mismo sendero de invalidez los actos por aquéllos determinados y que son su directa consecuencia, lo que conlleva, en definitiva, a eliminar del proceso: el secuestro del dinero y de los giros postales habidos en el domicilio del imputado Rubén Herbas Ramírez, y al mismo tiempo el secuestro del material estupefaciente que se obtuvo a consecuencia del procedimiento de requisa personal que se inició en la terminal de ómnibus de Mendoza y culminó en el Hospital Central de esa localidad, los cuales no pueden ser valorados en la sentencia como base de una convicción de culpabilidad.

A su vez, debe también examinarse si, excluidos estos elementos, la sentencia podría subsistir a la censura invalidante, encuesta que arroja respuesta negativa, toda vez que dichos componentes probatorios constituyen el objeto material sobre la que recae la conducta ilícita por la que ha sido condenado el imputado que ha llegado a esta instancia por la vía del recurso de casación. Y por otra parte, los elementos susceptibles de ser valorados sin infracción constitucional no son hábiles para conducir ni aisladamente, ni en conjunto, esto es, de ningún modo, a la atribución de algún hecho de esa naturaleza a los imputados.

En este marco, privada la causa de otros medios incriminantes autónomos de la imputación efectuada respecto de Rubén Roberto Herbas Ramírez, corresponde que se lo absuelva en orden al hecho materia del proceso (art. 402 C.P.P.N.).

Que, lo así decidido, deberá hacerse extensivo a Carmen Rosario González Chaima, quien oportunamente impugnó la condena impuesta (cfr. fs. 2192/2214) y luego desistió de su reclamo (cfr. pto. -I- 4°). También al imputado Jorge López Saavedra, pues a consecuencia de su detención con motivo del procedimiento preventivo que se llevó a cabo en la estación terminal de ómnibus de Mendoza y sobre el que me he referido ut supra resultó condenado en orden al delito de transporte de estupefacientes agravado por la intervención de tres o más personas organizadas.

En estas condiciones, considero que ambos imputados se encuentran en la misma

situación de su consorte de causa Herbas Ramírez, quien resultó, en definitiva, el habilitador de esta jurisdicción casatoria (art. 441 del C.P.P.N.).

-IV-

Por lo expuesto en el punto anterior, propongo al acuerdo: a) Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa, sin costas; b) Declarar la nulidad de los autos que obran a fs. 517, 667 y 701, respectivamente, y de todos los actos que son su consecuencia; c) Anular la sentencia recurrida y absolver a Rubén Roberto Herbas, Carmen Rosario González Chaima y Jorge López Saavedra (arts. 172, 441, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

a) En primer lugar, debo recordar que en variados precedentes de este Tribunal (in re “Espíndola, Juan Carlos s/rec. de casación”, c. n° 12245, reg. n° 320/11, de fecha 1 de abril de 2011, y “Arcondo Veningazza, Daniel Alejandro s/rec. de casación”, c. n° 12997, reg. n° 326/11, de fecha 4 de abril del mismo año -entre muchos otros de la Sala III-) tengo dicho -en esencia, y demás fundamentos a los que me remito para sintetizar-, que aceptar la posibilidad de investigar de oficio “(s)ignifica prescindir de una interpretación armónica de los preceptos del Código, coherente con el sistema y, sobre todo, con el principio acusatorio”, en tanto que “se ha eliminado una de las formas más odiosas del sistema inquisitivo, consistente en la posibilidad de avocamiento -iniciación de oficio- sin necesidad de que el juez sea requerido por otra persona u órgano” (D’Albora, Francisco J.; Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado; Tomo I, 7a. edición, Ed. Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, con cita de la CSJN Fallos 308:1118, pág. 337).

También vengo sosteniendo que “(e)l marco regulatorio previsto a partir del art. 180 del rito y muy especialmente el art. 188 del digesto, le imponen al representante del Ministerio Público Fiscal la formulación del pertinente requerimiento de instrucción. Dentro del diseño del sistema judicial instituido por nuestro código que garantiza los principios ‘ne procedat iudex ex officio’ y ‘nemo iudex sine actore’, ante la noticia de un evento criminoso perseguible de oficio...deberá la fiscalía formular

requerimiento con invocación de los datos individuales que posea del o de los imputados, una relación circunstanciada del hecho y la proposición de diligencias pertinentes. El incumplimiento de lo prescripto por los arts. 180, 188 y 195 del C.P.P.N. aparece afectando los principios constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso (art. 18 y sus correlativos de los pactos internacionales previstos en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). De la citada normativa surge el imperativo constitucional de que los jueces no pueden iniciar los procesos penales de oficio -sino que es necesaria la previa excitación por un órgano ajeno a aquellos, misión que corresponde al Ministerio Público por un mandato superior (art. 120 de la C.N.)...”.

Pues bien, tal como lo destaca el Dr. Slokar en su exposición, la formación de la presente causa tuvo su génesis en las investigaciones que estaba llevando a cabo el denominado ‘Centro de Reunión’ de Gendarmería Nacional Argentina, por supuesta infracción a la ley de drogas, que dan cuenta los partes preventivos marcados en el voto que antecede, a través de los cuales se solicitaba al juez instructor, la intervención de varias líneas telefónicas.

Así las cosas, el magistrado ordenó numerosas interceptaciones telefónicas y variadas diligencias -que no es del caso enumerar- conforme fueron siendo solicitadas por aquella repartición, sin correr vista inmediatamente al acusador público, para que inste debidamente la acción penal.

En estas condiciones, se advierte una afectación directa a las citadas normas de orden superior, que impone la invalidación de todo lo actuado en la causa desde el origen. De todos modos, no amerita que me explaye en demasía sobre esta cuestión, en tanto que ello queda supeditado a que la colega que sigue en orden de votación, comparta el criterio esbozado.

b) En segundo lugar, y sin perjuicio de lo indicado anteriormente, acompaño el temperamento sustentado por el Sr. juez preopinante, en cuanto asevera que los autos de intervención telefónica cuestionados por la defensa, carecen de adecuada motivación.

Al respecto, tuve ocasión de señalar en la causa nº 12.131, “Beltrame, Ernesto Rafael (p); Beltrame, Ernesto Rafael (h); Sosa, Roberto Oscar s/rec. de casación”, reg. nº 965/10 también de la Sala III, de fecha 30 de junio de 2010 -a cuyas citas y consideraciones me remito para sintetizar- que una medida altamente intrusiva como la intervención telefónica, requiere que se dicte como consecuencia de una investigación -regular agregaría aquí, ante la ausencia del Ministerio Público Fiscal- en trámite, existiendo elementos objetivos y suficientes que determinen la necesidad de adoptarla, dado la afectación que produce a los principios de intimidad, privacidad y propiedad privada

(arts. 17, 18, 19 y 75 inc. 22 de la C.N.; 13 inc. 1 y 21 inc. 1 de la C.A.D.H.; 17 inc. 1 y 2 del P.I.D.C. y P.; y 12 de la D.U.D.H.).

Ello es así, en razón de que, estas medidas no pueden ser proactivas. Los principios de progresividad y proporcionalidad imponen que mientras más agresivas sean las medidas cautelares, se requiera mayor cúmulo de prueba acerca de la probabilidad de la comisión del hecho.

Asimismo, puntalicé allí que “Cuando el art. 236 del Código Procesal Penal reclama que la intervención de comunicaciones telefónicas o cualquier otro medio de comunicación debe instrumentarse mediante auto fundado, exige una especial determinación de las causas y justificación de la medida, que habrá de analizar con particular cuidado para garantizar la plena vigencia de la seguridad jurídica y la certeza del derecho. Los motivos y las razones que le dan sustento, podrán surgir: a) del propio decisorio, si el magistrado explicita en el mismo decreto los argumentos por los cuales dispuso la medida, (...) y c) de las incontrovertibles constancias arrimadas 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” (CNCP, Sala II, causa 4039 “Aranda, María Inés s/ recurso de casación”, registro 5346, resuelta el 28/11/02, voto del Dr. Madueño).

En definitiva, y verificadas las particulares circunstancias del caso -recreadas en el sufragio del Sr. magistrado que lleva la voz en el acuerdo-, entiendo que los autos impugnados, no satisfacen las exigencias requeridas por el art. 236 del código adjetivo, conforme la doctrina sentada en el precedente de cita y los lineamientos marcados por nuestro más Alto Tribunal en el antecedente “Quaranta” (Fallos 333:1674); por ende, dichas decisiones son nulas, como así también sus actos consecuentes.

Tal es mi voto.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

Que acompañe los fundamentos y solución propuesta por el señor juez Slokar en su voto, pues la doctrina allí establecida se ajusta al criterio recientemente adoptado por esta Sala in re “Fernández, Carlos Alberto s/recurso de casación” (causa n° 12.462, reg. 19.692 rta. el 17/2/2012) y “Salvatierra, Hilda s/recurso de casación” (causa n° 13.708, reg. 19.734 rta. el 19/3/2012).

Al respecto, cabe dejar sentado desde ya, que la razonabilidad de la medida que aquí considero violatoria al derecho a la intimidad, no puede ni debe meritarse por el resultado que dicha medida eventualmente arrojó. Ello implicaría convalidar cualquier intromisión del poder punitivo en la esfera privada de las personas bajo falsos pretextos de eficacia, contrariando garantías fundamentales que gozan de especial protección constitucional.

El derecho a la intimidad se encuentra debidamente resguardado en los artículos 1, 18, 19, 33 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; su custodia por parte del Poder Judicial de la Nación deviene imprescindible para no vulnerar una de las garantías básicas del Estado Moderno frente a la pretensión represiva estatal.

Al respecto tiene dicho D’Albora que: “Por de pronto quien practica la pesquisa puede olvidar el apotegma del proceso penal inherente a un Estado de Derecho: es válido investigar hechos para determinar quiénes son los responsables; en vez, resulta írrito proceder a la inversa e investigar a un particular para cerciorarse si incurrió en algún episodio reprehensible” -D’Albora, Francisco. Código Procesal Penal de la Nación. Anotado, comentado y concordado. Tomo I, Ed. LexisNexis Abeledo-Perrot, 2005, pág. 521-.

Este criterio ha sido sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente Q. 124. XLI., "Recurso de hecho deducido por la defensa de Carlos José Quaranta en la causa Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737 -causa n° 763-", rta. el 31/08/10, considerandos 18, 19, 20 y 21. Allí sostuvo el Máximo Tribunal en cuanto al derecho a la intimidad y la medida prevista en el artículo 236 del CPPN: “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, pues, si su actuación sólo se limitara al control ex post, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría ya consumado de modo insusceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma (ver en análogo sentido "Torres" -disidencia del juez Petracchi- Fallos: 315:1043)... Que, 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-. Esa es la inteligencia que, por otra parte, acuerda el Código Procesal Penal Nacional, al establecer que la resolución del juez que ordene la intervención judicial deberá ser siempre fundada (ver art. 236 del Código Procesal Penal de la Nación)... Que, entonces, una orden de registro -domiciliario o, como en este caso, de las comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido- sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable... Que, en el caso, el juez no expresó en el auto de fs. 3 las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, tampoco remitió a ningún elemento objetivo de la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable y, por último, ni siquiera obra información de esas características como antecedente inmediato de la decisión judicial examinada... En efecto, lo único con que se contaba a ese momento consistía, simplemente, en datos aislados y afirmaciones infundadas aportadas por un llamado telefónico anónimo -irrelevantes la mayoría de ellos a los fines del objetivo perseguido y meramente conjetural el único que podría tener algún interés para la causa... Que si el Estado pudiera entrometerse en el secreto de las comunicaciones telefónicas a partir de "sospechas" de la entidad de las descriptas más arriba, el derecho reconocido constitucionalmente resultaría –ciertamente- de poca o ninguna relevancia”.

Similar criterio había sido sostenido por esta Cámara in re “Garay, Pedro Cayetano y otros s/ recurso de casación”, Sala III, causa n° 5918, reg. n° 86/2006, rta. el 24/02/06, entre muchos otros; habiendo sido ello convalidado posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en G.1704.XLII. “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación

Penal a cargo de la Fiscalía n° 3 en la causa Garay, Pedro Cayetano y otros s/ causa 5918”, rta. el 14/10/08, en cuanto desestimó la queja interpuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara contra la sentencia precitada.

Tal es mi voto.

En mérito al resultado de la votación que antecede, el Tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación deducido por la defensa, sin costas; **DECLARAR** la nulidad de los autos que obran a fs. 517, 667 y 701, respectivamente, y de todos los actos que son su consecuencia, incluso la sentencia recurrida y **ABSOLVER** a Rubén Roberto Herbas, Carmen Rosario González Chaima y Jorge López Saavedra en orden a los hechos por los que fueron condenados(arts. 172, 441, 470, 530 y 531 del C.P.P.N.). Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión ordenada sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma. Ante mi: María Jimena Monsalve.