

REGISTRO N° 19982

///la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de mayo de dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente, y las doctoras Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 11.405** caratulada: "**Silva, Pablo Sebastián s/ recurso de casación**", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara Ricardo Gustavo Wechsler, la Defensora Pública Oficial Mariana Grasso, en representación de Gonzalo Javier Farías, el Defensor Público Oficial Juan Carlos Sambuceti, en representación Cristian Ariel Aquines Wartsky, los abogados Albino Stefanolo y José Luis Salas Correa por la defensa particular de Pablo Sebastián Silva, los abogados Carolina Eugenia Epelbaum y Luciano Munilla Terzy, en representación de Gerardo Ariel Epelbaum, y los abogados Armando Ramón Ahumada y María Fernanda Bating, en representación de Ramón Diéguez.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término la doctora Figueroa y en segundo y tercer lugar los doctores Ledesma y Slokar, respectivamente.

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

-I-

1º) Con fecha 11 de febrero de 2009, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, provincia homónima, resolvió a fs. 4448/4466 vta., en su parte dispositiva, "**I) NO HACER LUGAR A LA NULIDAD** del auto de intervención telefónica obrante a fs. 123/vta. de autos, planteada por las defensas de los

imputados Christian Ariel Aquines, Gerardo Ariel Epelbaum, Gonzalo Javier Farías, Ramón Dieguez y Pablo Sebastián Silva (art. 166 y ccdtes. del C.P.P. N). **II) NO HACER LUGAR AL PLANTEO DE NULIDAD** interpuesto por el Sr. Defensor Oficial respecto al oficio remitido al Juez de Instrucción por el Sub Comisario Luis Alberto Vázquez Abad obrante a fs. 105/106vta. conforme lo considerado (art. 166 y cctes del C.P.P.N.). **III) NO HACER LUGAR AL PLANTEO SOBRE FALSO TESTIMONIO** realizado por el Sr. Defensor Oficial en relación al testigo Luis Alberto Vázquez Abad, conforme lo considerado (art. 166 y ccdtes del C.P.P.N.). **IV) NO HACER LUGAR AL PLANTEO DE NULIDAD,** interpuesto por el Sr. Fiscal General en contra del careo entre la testigo Laura Evangelina Quiroga y el imputado Gonzalo Javier Farias conforme lo considerado. **NO HACER LUGAR AL PLANTEO DE NULIDAD** efectuado por el Sr. Fiscal General respecto del reconocimiento efectuado por la testigo Laura Evangelina Quiroga respecto de Oscar Romano (art. 166 y cctes. del C.P.P.N). **V) CONDENAR a CHRISTIAN ARIEL AQUINES WARTSKY** de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de **CINCO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA** de pesos quinientos (\$500), **ACCESORIAS LEGALES** por igual término que el de la condena y **COSTAS** por ser autor voluntario y responsable del delito de comercio de estupefacientes previsto y reprimido por el Art. 5° inc. "c" de la ley 23.737. **UNIFICÁNDOSE LA PENA** precedentemente impuesta con la dictada por el Excelentísimo Tribunal Oral en lo Criminal Federal de la Rioja en causa 21 -A/02 caratulada "Aquines Christian Ariel. P. Inf. A. 5to. "C" ley 23.737 en grado de tentativa", de fecha Noviembre 13 de 2002 donde se lo condenara como autor material y responsable del delito previsto y penado por el artículo 5to inc. "C" de la ley 23.737 - almacenamiento en grado tentativa- art. 42 CP, a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, pesos un mil (\$1000) en concepto de multa, accesorias legales y costas, **REVOCÁNDOSE LA CONDICIONALIDAD DE ESTA ÚLTIMA, EN LA PENA ÚNICA DE CINCO AÑOS y OCHO MESES DE PRISIÓN, MULTA** de pesos un mil

doscientos (\$1200), **ACCESORIAS LEGALES** por igual término que el de la condena y **COSTAS**. (Arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 27, 55 y 58 del Código Penal y 531 del C.P.P.N.). **VI) CONDENAR a PABLO SEBASTIAN SILVA** de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, MULTA** de Pesos doscientos (\$200), **ACCESORIAS LEGALES** por igual término que el de la condena y **COSTAS** por ser autor voluntario y responsable del delito de comercio de estupefacientes previsto y reprimido por el Art. 5° inc. "c" de la ley 23.737 en su relación jurídica con el artículo 29 ter ibídem -incorporado por el artículo 5° de la ley 24.424- **DISPONIENDOSE** la aplicación de una **MEDIDA DE SEGURIDAD CURATIVA**, la que estará sujeta en su modalidad y control al Juez de Ejecución Penal de este Tribunal (Arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41 del Código Penal, 531 del C.P.P.N., y 16 y 29 ter de la ley 23.737). **VII) CONDENAR a GONZALO JAVIER FARIAS** de las condiciones personales que constan en autos, a la pena de **DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, MULTA** de Pesos doscientos veinticinco (\$225), y **COSTAS** por ser autor voluntario y responsable del delito de comercio de estupefacientes previsto y reprimido por el Art. 5° inc. "c" de la ley 23.737 en su relación jurídica con el artículo 29 ter ibídem -incorporado por el artículo 5° de la ley 24.424- **DISPONIENDOSE** la aplicación de una **MEDIDA DE SEGURIDAD CURATIVA**, la que estará sujeta en su modalidad y control al Juez de Ejecución Penal de este Tribunal (Arts. 29 inc. 3°, 40, 41 del Código Penal, 531 del C.P.P.N., y 16 y 29 ter de la ley 23.737). **VIII) CONDENAR a GERARDO ARIEL EPELBAUM** de las demás condiciones personales que constan en autos, a la pena de **DOS AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN, MULTA** de Pesos ciento veinticinco (\$125), por ser partícipe secundario del delito de comercio de estupefacientes previsto y reprimido por el Art. 5° inc. "c" de la ley 23.737 (Arts. 29 inc. 3°, 40, 41 y 46 del Código Penal, 531 del C.P.P.N.). **IX) ABSOLVER a RAMON DIEGUEZ** de las condiciones personales que constan en autos, de los delitos que

le fueran imputados (Art. 3 del C.P.PN.)”.

2º) Contra dicha resolución, los abogados Albino José Stefanolo y José Luis Salas Correa, en ejercicio de la defensa particular de Pablo Sebastián Silva, interpusieron recurso de casación a fojas 4488/4516 vta. Lo propio hizo la defensora particular Carolina Epelbaum, por la defensa Gerardo Epelbaum a fojas 4517/4533. También interpuso el remedio casatorio el Defensor Público Oficial Ciro Vicente Lo Pinto, por la defensa de Christian Ariel Aquines Wartsky a fojas 4534/4560. Por su parte, en representación del Ministerio Público Fiscal, Antonio Gustavo Gómez, interpuso recurso de casación a fojas 4561/4599. Los respectivos recursos fueron concedidos a fojas 4627/vta., los que fueron mantenidos a fojas 4645, 4647 y 4650.

La Defensora Pública Oficial ante esta instancia, en representación de Gonzalo Javier Farías, adhirió a fojas 4652/4657 vta., a los planteos casatorios conforme lo dispone el artículo 439 del código de rito.

3º) **Agravios comunes a todas las defensas.** Los recurrentes coincidentemente propugnaron la nulidad del auto de fojas 123/vta., mediante el cual el juez instructor dispuso la intervención de las comunicaciones telefónicas de Pablo Sebastián Silva, Gerardo Ariel Epelbaum, Christian Ariel Aquines Wartsky y Gonzalo Javier Farías. Invocaron ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

En primer lugar, refirieron que no se encontró debidamente fundada la providencia de fojas 123/vta., toda vez que se remitió a consideraciones generalizadas y vagas, no encontrando elementos de convicción que permitiera establecer en el caso que los imputados estuvieran realizando actos compatibles con la comercialización de estupefacientes.

Entendieron que fueron vulneradas las garantías consagradas en los artículos 18, 19 de la Constitución Nacional, 236 y concordantes del Código Procesal Penal de la

Nación, 11.2 y 11.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En segundo lugar, refirieron que la sentencia padeció de fisuras en la valoración de la prueba que la tornó arbitraria desde el punto de vista fáctico, afectándose los requisitos de validez exigidos en los artículos 123 y 404 inciso 2° del código de procedimiento. Alegaron que el decisorio en crisis es netamente arbitrario, sin fundamento suficiente, contrariando lo establecido por nuestra Carta Magna.

De manera concordante los recurrentes cuestionaron las calificaciones legales que les fueron enrostradas a sus defendidos. También indicaron las defensas de Silva, Epelbaum y Wartsky, que se transgredió el principio de congruencia respecto de sus asistidos.

Defensa de Pablo Sebastián Silva. Los abogados Stefanolo y Correa, disintieron con los elementos de prueba tenidos en cuenta por el tribunal a la hora de condenar a Silva. Manifestaron que al transgredir el estado de duda en contra de su asistido, se vulneró la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En torno a la errónea aplicación de la ley sustantiva, indicaron que pese a imponerle a Silva la reducción prevista en el artículo 29 ter de la citada ley, dicha morigeración no se vio reflejada en la pena de cuatro años de prisión.

Consideraron que la conducta endilgada a Silva debió encuadrar con la establecida en el artículo 29 bis de la ley 24.424 -confabulación-.

Subsidiariamente solicitaron que se aplique la calificación acaecida en el artículo 14 segunda parte de la ley

23.737.

Defensa de Gerardo Ariel Epelbaum. De la interposición casatoria introducida por la parte defensora de Epelbaum, se logra apreciar además de los agravios que en común se mencionaron anteriormente, su discrepancia con valoración probatoria tenida por el tribunal. Concluyó que la calificación legal y la condena impuesta por el delito de comercio de estupefacientes, fue producto de un erróneo arbitrio de los jueces, constituyendo ello en una derivación irrazonada del derecho vigente, el cual debe ser considerado nulo.

Por otra parte cuestionó el hecho de que se delegue a una agente policial la tarea de escuchar las llamadas telefónicas y decidir sobre cuales habrá de hacerse su transcripción.

Defensa de Christian Ariel Aquines Wartsky. En su vía impugnativa, la defensa de Wartsky postuló la redargución de falsedad del informe confeccionado por el subcomisario Luis Alberto Vázquez Abad de fojas 105/106 y del falso testimonio que habría incurrido el nombrado. Indicó que la exposición durante la audiencia de debate no se condice con lo señalado en dicho informe.

Respecto al encuadre jurídico atribuido a su defendido, refirió que no puede endilgársele la figura del comercio de estupefacientes, ya que de las constancias de la causa surge que no se comprobó la venta de dicha sustancia en ninguno de los establecimientos bailables; tampoco se probó el propósito de comercio, ni la existencia de un supuesto comprador del alcaloide que iba a recibir Wartsky.

Alegó que la circunstancia de haber declarado su defendido como consumidor de la sustancia estupefaciente, debió ser considerara al momento de dictar la sentencia condenatoria.

Por otra parte, manifestó que la conducta imputada a Wartsky, debió quedar en grado de tentativa, y que en caso de no hacerse lugar a las nulidades planteadas, se case la sentencia modificando la calificación legal, aplicándose el artículo 5 inciso "c" de la ley 23.737, en cuanto se refiere al

transporte de estupefacientes en grado de conato.

Defensa de Gonzalo Javier Farías. La Defensora Pública Oficial, cuestionó la evaluación fáctica que realizó el *a quo* para acreditar la responsabilidad de Gonzalo Javier Farías, solicitando que se disponga su absolución.

Por otra parte, indicó que la calificación legal adoptada resulta errónea, pues es evidente que no existió la certeza sobre el destino de comercialización de los estupefacientes que poseía su defendido.

Agregó que de la tenencia de 2.76 gramos de marihuana, no puede desprenderse que el fin sea su comercio, sino por el contrario que sea destinada a su consumo personal.

En base a ello y teniendo en consideración la dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080"*, A. 891. XLIV., rta. el 25 de agosto de 2009, solicitó se modifique la calificación del hecho, y se declare la inconstitucionalidad de la tenencia para consumo, absolviendo a su defendido de las presentes actuaciones.

También se agravió respecto al monto de la pena por falta de fundamentación. Entendió que el tribunal al momento de su determinación no analizó los atenuantes y agravantes. Tampoco explicó por qué no se procedió a la eximición de pena que prevé el artículo 29 ter de la ley 23.737, y cuál fue el motivo de que su condena sea de cumplimiento efectivo.

Finalmente, atacó la medida de seguridad impuesta a su defendido.

4º) El Fiscal General, doctor Antonio Gustavo Gómez, impugnó el decisorio del tribunal, encarrilando su recurso en ambos incisos previstos en el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

Puntualmente se agravió de: el rechazo de las nulidades interpuestas por su antecesor (punto IV de parte dispositiva); de la pena de cinco años de prisión impuesta a

Wartsky (punto V); de la condena fijada a Silva, de su calificación y de la aplicación indebida del beneficio establecido en el artículo 29 de la ley 23.737 (punto VI); de la sentencia condenatoria dictada contra Epelbaum, por la pena de dos años y seis meses de prisión (punto VIII); de la absolución por aplicación indebida del *in dubio pro reo* de Diéguez (punto IX).

Entendió que la sentencia es en sí misma inválida como acto jurisdiccional, en tanto autocontradice en irremediable arbitrariedad, apartándose de las pruebas incorporadas a la causa como pertinentes, "crea" normas y prescinde de la ley aplicable al caso. En toda la línea argumental que despliega el fallo, en oportunidad de analizar y rechazar la nulidad de las escuchas telefónicas planteadas por las defensas, el tribunal establece conexiones entre personas, lugares, droga, llamados telefónicos, coincidentes con los argumentos que sostuvieron la acusación fiscal, sin ninguna prueba consistente.

5º) Puestos los autos en días de oficina de conformidad con lo previsto en los artículos 465 –primera parte- y 466 CPPN, presentó breves notas el representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia, doctor Ricardo Gustavo Wechsler a fs. 4662/4675, en un extenso análisis de los recursos invocados, solicitó se rechacen las impugnaciones deducidas por las defensas y se haga lugar al deducido por su antecesor.

Lo propio hicieron los defensores Carolina Epelbaum a fojas 4693/4694, Arnaldo Ramón Ahumada y María Fernanda Battig a fojas 4695/4696, respectivamente reiterando sus motivos de agravio.

Por su parte el Defensor Público Oficial ante esta instancia, en representación del imputado Wartsky presentó el escrito glosado a fojas 4572/4576. Efectuó consideraciones y coincidió con que debe hacerse lugar a la interposición

recursiva de las demás defensas. Atacó la determinación de la pena impuesta a su defendido, y refirió que la impugnación dirigida en contra del antes nombrado, debe de ser declarada inadmisibile en razón de la limitación impuesta en el artículo 458 inciso 2° del Código Procesal Penal de la Nación.

6º) En oportunidad de celebrarse la audiencia de rigor del artículo 468 del CPPN, los recurrentes informaron oralmente cuanto fuere motivo de agravio.

Concedida la palabra en primer término al doctor Stefanolo, éste insistió con el planteo de nulidad oportunamente sostenido acerca de la resolución judicial, que a fojas 123/vta., ordenó la intervención telefónica de cuatro líneas celulares y una fija. Sustentó su planteo en precedentes del Máximo Tribunal, destacando que en el caso, el dictado de dicha decisión no ha sido emitida fundadamente. Alegó que la misma ha vulnerado la garantía constitucional a la intimidad de los involucrados, propugnando la nulidad de la misma, y en consecuencia de todo lo actuado desde entonces, atento sostuvo la inexistencia de otra línea de investigación para fundar la condena de su pupilo. Calificó que el accionar de la policía local había demostrado su ineptitud, entendiendo que el despliegue no había sido por prevención alguna. Agregó que debe considerarse que el fiscal del juicio –aunque por otros argumentos–, también impugnó la sentencia aquí recurrida.

A su turno, el doctor Ahumada, en ejercicio de la defensa técnica de Dieguez, pretendió sostener la parte del fallo que absolviera a su defendido. Alegó violación al principio de congruencia respecto a su pupilo y dijo que nunca se probó la organización destinada a los fines originariamente atribuidos. Expresó que por las reglas de la inmediación en la valoración probatoria, la situación de Dieguez no puede ser

revisable; fundó su pretensión en el fallo de la Sala III de esta Cámara, "Rivero, Pedro Antonio y otros s/ recurso de casación", reg. 92/06, rta. el día 28/02/06.

Por su parte, la doctora Carolina Epelbaum, en ejercicio de la defensa particular de Gerardo Epelbaum, quien hizo suyas las palabras del doctor Stefanolo en cuanto a la nulidad de las escuchas ordenadas a fs. 123/vta., se agravió porque adujo que el fiscal al interponer el respectivo recurso de casación, dio por probadas extremos que a su criterio no pueden tenerse por acreditados. Destacó la intromisión en la esfera de la intimidad de las personas involucradas por parte de la preventora, trayendo a colación las consideraciones discriminatorias que la misma efectuare respecto a la orientación sexual de los interesados. Manifestó también violación al principio procesal de congruencia, y destacó el tiempo acaecido desde los hechos investigados a la fecha. Pretendió que se revoque la sentencia condenatoria respecto a su defendido.

7º) Finalmente habiéndose cumplimentado con las previsiones del artículo 468 del código de forma, según constancia actuarial de fs. 4697, el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

-II-

Llegadas las actuaciones a este tribunal, considero que los recursos de casación deducidos por las partes recurrentes, son formalmente admisibles toda vez que del estudio de las cuestiones sometidas a inspección jurisdiccional surge que los impugnantes invocaron fundadamente sus agravios, siendo además que el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto en el artículo 457 del Código Procesal de la Nación.

En tal sentido, corresponde analizar el caso sometido a esta jurisdicción con sujeción a la doctrina establecida por

la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa -causa n° 1681-" rta. el 20/09/05, en el sentido de que el tribunal de casación "...debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable...el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular... ; y que "...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación."

-III-

En primer lugar, y para una más adecuada comprensión del caso traído a estudio del Tribunal, compete efectuar un repaso de las constancias del expediente.

Se inició la presente causa a partir de una denuncia anónima que daba cuenta de que en los locales bailables de la ciudad se San Miguel de Tucumán de nombre "Tjanaima" y "Nocturno" y/o "Alsina 510" se estarían vendiendo a los concurrentes distintos tipos de pastillas "éxtasis".

Previo requerimiento fiscal de instrucción a fojas 2, el magistrado dispuso a fojas 2bis, que se remitan las actuaciones a la Superintendencia de Drogas Peligrosas a fin de que se constituya en forma urgente y reservada en los lugares individualizados en la denuncia, efectuándose las averiguaciones pertinentes. Ello dio inicio a las investigaciones preliminares a cargo del Subcomisario Vásquez Abad, en las que intervinieron el Inspector Leal, el cabo Arnedo y la suboficial Juárez; que posteriormente dieran fundamento a las intervenciones telefónicas que los recurrentes ahora cuestionan, y a las restantes medidas que se tomaron y que dieran base a las condenas recurridas por las asistencias

técnicas de los imputados.

-IV-

1º) Habré de referirme a la cuestión planteada por las defensas en sus respectivos recursos de casación, en cuanto al planteo de nulidad pretendido del auto que ordenó la intervención telefónica de los que resultaron condenados, dado que advierto que esta cuestión sustancial por su naturaleza, debe ser tratada prioritariamente, pues en virtud de la solución que se propondrá, devendrá abstracto el tratamiento de los restantes agravios.

Cabe analizar el supuesto bajo examen, de acuerdo a la reiterada doctrina sentada por esta Cámara, según la cual los autos que disponen intervenciones telefónicas pueden fundamentarse en: **a)** el propio decisorio, si el magistrado desarrolla en el mismo decreto la argumentación sobre la cual reposa la medida; **b)** otra pieza procesal a la cual el auto se remite en forma inequívoca y en la que surjan con claridad los fundamentos que la avalan; **c)** las incontrovertibles constancias arriadas al proceso con anterioridad al dictado del auto, siempre que éste sea una derivación lógica de lo actuado hasta el momento -conforme los precedentes de la Sala I "Portillo, Julio César y otros s/ recurso de casación", c. n° 2576, reg. n° 3442, rta. el 17/4/00; "Seccia, Luis Felipe y otros s/ recurso de casación", c. n° 2572, reg. n° 3398, rta. el 23/3/00; "Leiva, Carlos Angel y otro s/ recurso de casación", c. n° 2147, reg. n° 2783, rta. el 21/5/99; y "Herrera, Héctor A. y otros s/ recurso de casación", c. n° 4226, reg. n° 5223, rta. el 13/8/02-.

Ha de observarse que el planteo de nulidad, se ciñe sobre la falta de fundamentación del auto que dispuso la intervención telefónica de varias líneas pertenecientes a los condenados, por parte del juez instructor a fojas 123/vta. Los recurrentes han venido insistiendo en su pretensión durante varias etapas del proceso, habiendo obtenido hasta aquí, un

resultado adverso.

Corresponde analizar la resolución en cuestión, de conformidad con los parámetros de razonabilidad y debida fundamentación que debe ostentar todo acto republicano de gobierno -artículo 1 CN-, especialmente cuando se trate de medidas excepcionales como la aquí impugnada. Consecuentemente, es clara la sistemática de nuestro Código Procesal Penal, en cuanto prevé la motivación de los autos y sentencias en general, pero por sobre todo, de aquellas que dispongan la intervención de comunicaciones telefónicas -artículos 123 y 236 CPPN-. Cabe destacar que las nulidades absolutas pueden y deben ser declaradas en cualquier estado del proceso -artículos 167 y 168 del CPPN-.

Para ello, deviene necesario indagar acerca del curso de investigación en concreto, y así meritar si al momento del dictado de dicha medida, existían elementos de convicción que objetiva y razonadamente, pudieran justificar su adopción.

Cabe recordar que debe ejercerse el debido control de las medidas correspondientes a la etapa instructoria escrita, desde el inicio de las actuaciones hasta el dictado del auto que ordena la intervención de las comunicaciones telefónicas. Cabe poner de manifiesto que en dicho lapso constan, entre otras medidas, quince declaraciones testimoniales de agentes de la policía local -obrante a fojas 3bis/vta., 4/vta., 8/vta., 9/vta., 12/vta., 14/15, 19/20, 21/22, 23/24, 28/30, 44/vta., 49/50, 67/vta., 68/vta., 90/vta.-, que en el marco de tareas de inteligencia, concurren a los locales comerciales y efectuaron seguimientos sobre los investigados.

Al respecto habré de adelantar que de un detenido estudio de la causa, no se advierte circunstancia alguna que justificare la excepcional medida ordenada por parte del juez instructor. La valoración de las tareas de inteligencia llevadas a cabo hasta el día 26 de marzo de 2004 por la autoridad preventora, a efectos de corroborar la denuncia

anónima que diera origen a la presente, no permite de ningún modo arribar al convencimiento que los investigados comercializaren, financiaren, promocionaren o estuvieren implicados en algún eslabón de la cadena de tráfico de estupefacientes. Más bien todo lo contrario, las medidas recabadas hasta ese entonces, no pueden tildarse más que de vagas apreciaciones, que impiden dar razonado fundamento para el dictado de una medida tan invasiva a la privacidad y de *ultima ratio*, como la intervención telefónica de las comunicaciones privadas. Debe recordarse que la facultad prevista en el artículo 236 del CPPN, sólo puede disponerse en tanto no exista otra posibilidad de conocer datos de interés para la causa, habiendo agotado todo medio menos lesivo a la intimidad de las personas.

Cabe recordar que las expresiones vertidas en el marco de la intimidad telefónica, no destinadas por el autor a que se comuniquen a ofendidos o terceros, son inadmisibles en juicio. A su vez, y en consonancia con una interpretación restrictiva del artículo 236 del CPPN, debe señalarse que no cubre la exigencia de fundamentación suficiente el juez instructor que, hace una remisión al requerimiento de la policía en términos genéricos, si no se efectúa una clara alusión y referencia concreta a las constancias de la causa.

Vale repasar las constancias de la causa a efectos de controlar la fundamentación de la medida adoptada a fojas 123/vta., por el juez instructor. Así surge que, a fojas 3bis/vta., el Inspector Claudio Luciano Leal manifestó que no observó ningún hecho que haga presumir que se estaría cometiendo una infracción a la ley 23.737. A fojas 4vta, surge de la declaración del mismo agente, que habló con un concurrente anónimo del local y *habría* querido inferir que uno de los investigados *"comercializaría"* estupefacientes. A fojas 8vta, el declarante también manifestó al concurrir al local bailable a cargo de uno de los investigados, que pudo percibir olor a *"porro"* en el boliche, no pudiendo identificar a quien los estaría consumiendo. A fojas 9vta, el agente indicó que

habló con otro concurrente anónimo que dijo quien "organizaba" la fiesta era uno de los investigados -que a la sazón trabajaba en el boliche en la parte de relaciones públicas-. A fojas 14/15, el agente decidió ingresar al local bailable y ofreció una detallada descripción del mismo. Manifestó que pudo apreciar un caño del tipo PVC que conducía agua hasta rociadores distribuidos a lo largo de la pista que mojaba a los concurrentes. Agregó consideraciones sobre la vestimenta y supuesta orientación sexual de los concurrentes, y que percibió la existencia de un cuarto oscuro con varias parejas, del cual pudo percibir que provenía el olor característico de un cigarrillo de marihuana encendido, aunque tampoco pudo identificar al consumidor.

A fojas 19/20, el agente Marcelo Daniel Arnedo, simulando interés en entablar una relación sentimental ocasional con otra persona no identificada, para recabar información, dijo que ésta le comunicó que estaría bajo efectos de estupefacientes. Además a fojas 21/22, continuó con la misma estrategia para recabar información, y ante su requisitoria para comprar estupefacientes, un concurrente le manifestó que no tenían. A fojas 23/24, continúa con la misma modalidad de simular interés amoroso con asistentes del local, y uno de ello le manifestó que "Gonzalo y su grupo" serían promotores del "bichito" -en referencia a pastillas conocidas como de éxtasis-. En esa oportunidad, con la excusa de demostrar interés sexual con algunos de los investigados, una persona le entrega las fotos que obran a fs. 25/26.

A fojas 28/30, la agente Carmen Rosa Juárez, declaró al concurrir al local comercial de venta de ropas "El Museo" simulando interés en comprar una remera, que allí pudo entablar una conversación con quienes atendían el negocio y habrían manifestado la posibilidad de facilitarle estupefacientes. Sin embargo, la agente decidió retirarse y no se pudo corroborar dicha hipótesis.

A fojas 49/50, el cabo Marcelo Daniel Arnedo, relató que efectuó un seguimiento a "Gonzalo" (Farías) mientras éste circulaba en su automóvil particular; documentó ello con muestras fotográficas obrante a fojas 52/56. El seguimiento no tuvo mayores particularidades en su recorrido, no pudiendo inferirse de su trayecto, que el mismo tenga que ver con alguna actividad ilícita. A fojas 67/vta, el agente Arnedo ingresó al local bailable investigado, y habló con una persona que ante su requerimiento para comprar estupefacientes, le dijo que no había, atento que la "movida" se habría trasladado momentáneamente.

A fojas 68/vta, la agente Juárez declaró que procedió a descargar fotografías vía internet del local en cuestión, que constan a fojas 70/80. A fojas 83/84 se encuentran agregadas muestras fotográficas de un local spa de propiedad de uno de los investigados.

Se llega así, al pedido formulado por el subcomisario Luis Vázquez Abad a fojas 105/106, en el que solicita la intervención de cinco líneas telefónicas utilizadas por los investigados. Luego que el juez instructor le requiera al subcomisario en cuestión, que especifique la propiedad de dichas líneas y quién estaría utilizando cada una de ellas, el magistrado procedió sin más, a dictar el auto aquí impugnado. A fojas 123, sostuvo: *"... Que ante ello, corresponde a criterio del proveyente, atento la naturaleza del delito que se investiga ordenar la intervención telefónica de..."*.

2º) Analizado el auto objetado por los recurrentes, adelantaré que no es autosuficiente. Ello así, pues el magistrado se limita a transcribir el pedido efectuado por la Superintendencia Drogas Peligrosas de la Policía Federal, quien funda su petición *"en que de los elementos colectados y presuntamente verosímiles a los que llegó la instrucción policial surgiría que los nombrados [Gálvez, Diéguez, Epelbaum, Gonzalo y Avellaneda] estarían vinculados a la comercialización de estupefacientes"*, sin efectuar un juicio razonado de valor respecto de la conveniencia o no de la medida invasiva y

limitándose exclusivamente a las circunstancias denunciadas por la prevención y atento a la naturaleza del delito que se investigaba.

Puede advertirse que el conjunto de medidas recabadas por la policía local, en el marco de las tareas de inteligencia ordenadas por el juez instructor, no pudieron dar sustento lógico y razonado para fundar la medida cuestionada. Cabe puntualizar que los agentes intervinientes, luego de tener un contacto con terceras personas que dijeron conocer a alguno de los investigados –nunca con ellos directamente–, no pudieron en ningún momento constatar circunstancia alguna que se relacione con la comercialización de estupefacientes.

Las apreciaciones vertidas a lo largo de la investigación y hasta el dictado del auto de fojas 123/vta., no son más que vagas consideraciones indirectas, que impiden fundamentar la adopción de la medida en cuestión. Es conteste la doctrina y jurisprudencia en la materia, en cuanto a la rigurosidad en la interpretación de la facultad prevista en el artículo 236 del CPPN, en salvaguarde de la garantía constitucional del derecho a la intimidad.

Los tres agentes intervinientes hasta la fecha en que el magistrado dispuso la intervención telefónica, no percibieron de acuerdo a sus sentidos, circunstancias que impliquen indicio alguno sobre la participación de los investigados a la época, en infracción a la ley 23.737. Los acontecimientos más relevantes que permitieron a la policía local, aseverar que "se estaría comercializando estupefacientes", serían dichos de terceras personas que concurrieron ocasionalmente a un local bailable y se mantuvieron en el anonimato, quitándole toda certeza a esa presunta prueba.

Tampoco resulta de trascendencia, el hecho que uno de los agentes huelga el olor a marihuana en un local bailable, como para justificar la intervención telefónica de su

propietario, organizadores y/o trabajadores del mismo. La total falta de relevancia de que "alguien" pueda estar consumiendo estupefacientes en un local, no permite inferir que su propietario o demás trabajadores, formen parte de la cadena del tráfico de estupefacientes. Menos aún, habilita la fundamentación de una medida tan invasiva a la libertad personal, como la intervención de las comunicaciones telefónicas privadas.

Los recaudos que deben reunirse para sustentar dicha medida, deben ser proporcionales en importancia, con el dictado de la misma. No basta la mera sospecha ni vagas suposiciones para fundar, pues ello sería adoptar un modelo peligrosista de policía incompatible con nuestro Estado de Derecho.

El derecho a la intimidad goza de especial protección en nuestro ordenamiento jurídico, y los requisitos para adoptar medidas coercitivas que puedan llegar a menoscabar garantías fundamentales, deben ser interpretados de manera restrictiva. En el caso *sub examine* por el contrario, el juez instructor que la dispuso, se ha extralimitado al conceder semejante intromisión en la vida personal de los investigados, sin constatar rigurosamente las actuaciones de la causa.

Lo único que se encontraba medianamente acreditado, de acuerdo al curso de investigación en su etapa inicial, era la vinculación personal entre los investigados. Ahora bien, dicha circunstancia era fácilmente constatable, atento la vinculación laboral y de amistad que tenían los investigados entre sí. De hecho, la solicitud del subcomisario Vázquez Abad de fojas 105/106, a cuyos fundamentos se remite el juez instructor para ordenar las escuchas telefónicas, únicamente logra demostrar desde el punto 1 al 10, que los investigados se conocían entre sí, atento relaciones laborales o por amistad. La mentada solicitud policial, recién en el punto 11 describe el supuesto "*modus operandi en que se hallaría basado la promoción, para la concurrencia y el estímulo para consumo de estupefacientes (en especial cocaína y éxtasis) en el interior de los locales bailables Alsina 510 o Nocturno y Janaima*". Vale

precisar que ningún elemento de la causa hasta ese momento, permitía inferir que los investigados se encontraban dentro de la cadena de tráfico de estupefacientes. De hecho, afirmaron especialmente qué tipo de estupefaciente se "estaría comercializando" -cocaína y éxtasis- cuando ningún efectivo logró acreditar dicha suposición.

Como si fuera poco, vale resaltar el tenor de las consideraciones que la preventora dio por indicio suficiente -y que el magistrado tuvo en miras al dictar el auto de fojas 123/vta., al sostener: *"Con la promoción y estímulo que representa la asistencia y permanencia de persona consideradas VIP, de buen pasar económico, populares y afamados; falsos influyentes; adictos; consumidores; homosexuales; concurrentes habituales y ocasionales, se asegurarían el fomento al consumo, de sustancias prohibidas por la Ley Federal 23.737. En las circunstancias descriptas, se infiere por las características del desarrollo de las actividades del público asistente, llega un punto tal en que, la deshidratación distintiva y particular que produce la ingesta, de sustancias conocidas en la voz jergal como "EXTASIS", se hace notoria y manifiesta"*.

Vale preguntarse cómo llega el subcomisario aludido a dichas conclusiones, de las incipientes constancias de la causa obrantes hasta ese entonces. No puede explicarse cómo pudieron los agentes intervinientes, llegar a determinar que los concurrentes estarían deshidratados, mucho menos que ello era producto del consumo de estupefacientes y menos aún, que las sustancias prohibidas estarían siendo promocionadas y/o proporcionadas por los propietarios u organizadores del localailable.

Por su parte, los calificativos agraviantes que el subcomisario rotuló en general a los concurrentes de un local comercial, no pasan de ser prejuicios que responden a estereotipos, y que por lo tanto no constituye prevención alguna por parte de la fuerza de policía local. Tampoco se

logra entender cuál sería la conexión entre la orientación sexual que atribuye a todo un conglomerado indeterminado de personas que ocasionalmente concurrían a dicho lugar, o la supuesta calidad de adictos que los mismos tendrían, con el consumo de estupefacientes dentro del lugar bailable y su facilitación o promoción por parte de los encartados. Menos aún puede determinarse por el comportamiento que atribuyó o imaginó de los concurrentes, el tipo de estupefaciente que habrían consumido.

Dichas afirmaciones, que en la causa dieran cabida a la intervención telefónica del auto de fojas 123/vta., no pasan un mínimo test de constitucionalidad ni convencionalidad, como para tener a dicha resolución como acto jurisdiccional válido.

Pero si bien resultan poco menos que inexplicables las conclusiones a las que arriba la policía local en su trabajo de inteligencia, menos aún encuentro explicación a la tesitura convalidante seguida por el agente fiscal y juez instructor de la causa. No comparto el criterio del fiscal al evacuar la vista de fojas 121 considerando arbitrario e infundado el auto del juez instructor de fojas 123/vta., que se dicta a consecuencia de éste.

No existe de una prudente y racional valoración de las medidas de la causa hasta el día 26 de marzo de 2004, circunstancia que hubiera habilitado el dictado del auto impugnado. Cabe dejar sentado desde ya, que la razonabilidad de la medida que considero violatoria al derecho a la intimidad de quienes posteriormente resultaron condenados, 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 irrito 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 nº 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 nº 5918, reg. nº 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.

3º) En definitiva, conforme a la doctrina dispuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Rayford" -Fallos 308:733- y el aludido fallo "Quaranta" -considerandos 23 y 24-, en el que nuestro Máximo Tribunal estableció 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"*, y que si: *"no hubo varios cauces de investigación sino uno solo, cuya vertiente original estuvo viciada y contaminó todo su curso"*, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado desde fojas 123/vta. y de todos aquellos actos que son su necesaria consecuencia.

4º) Por último cabe señalar dos cuestiones que no pueden pasarse por alto. La primera es que el origen de la causa se basa en una denuncia, tomada en sede judicial, de una persona que solicitó permanecer en el anonimato (cfr. fs. 1). Sin embargo, de las presentes actuaciones no se observa que se haya dejado constancia de la reserva de identidad del denunciante.

Si bien el art. 34 bis de la ley 23737, prevé que *"las personas que denuncien cualquier delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, se mantendrán en el anonimato"*, ello no implica que no se resguarden los datos filiatorios de la persona que la efectúa (cfr. art. 175 último

párrafo en concordancia con el art. 249 del CPPN).

Esto último, posibilita controlar, en el momento oportuno, quien era el denunciante y si aquél no tenía algún impedimento legal para proceder de esa manera.

Por otro lado, y tal como lo manifestó el doctor Stefanolo durante la audiencia, resulta imperioso que en un Estado de Derecho se modifique la forma de investigar y utilizar la intervención de las escuchas telefónicas como único medio idóneo para poder reunir los elementos de cargo necesarios para sostener una imputación. Esto es: esperar a que durante esa intervención aparezca algún elemento ilícito.

Por ello, propicio al acuerdo, hacer lugar al recurso de casación de las defensas, sin costas, declarar la nulidad de todo lo actuado desde fojas 123/vta. y de todos aquellos actos que son su necesaria consecuencia, incluida la sentencia de fojas 4445/vta. y 4448/4466vta., y sin perjuicio de que en atención a la solución que se viene proponiendo y conforme lo establece artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación, correspondería la anulación del fallo y el reenvío a la instancia de juicio, este tribunal de casación se encuentra habilitado -en presencia de tan particulares circunstancias- a dictar una nueva sentencia; por ello, corresponde absolver a Pablo Sebastián Silva, Gerardo Ariel Epelbaum, Christian Ariel Aquines Wartsky y Gonzalo Javier Farías, por los delitos por los que fueran condenados -artículos 1, 18, 19, 33, 75 inc. 22 de la C.N.; 8.2.H), 25 y 28.1 CADH; 12 DUDH; 2.2, y 17 PIDCyP; 123, 167, 168, 236, 404 inciso 2, 456 inciso 2, 471, 530 y concordantes del CPPN-.

Tal es mi voto.

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

Que adhiere a la solución propiciada por la Dra. Figueroa y expide su voto en igual sentido.

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

En las particulares circunstancias que han quedado

detalladamente asentadas en el voto que inaugura el acuerdo, adhiero a la solución que se propicia.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, el tribunal **RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por las defensas, **SIN COSTAS, ANULAR** todo lo actuado desde fojas 123/vta. y todos aquellos actos que son su necesaria consecuencia, incluida la sentencia de fojas 4445/vta. y 4448/4466vta. del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Tucumán, provincia homónima, **ABSOLVER** a **Pablo Sebastián SILVA, Gerardo Ariel EPELBAUM, Christian Ariel AQUINES WARTSKY y Gonzalo Javier FARIAS**, por los delitos por los que fueran condenados y en consecuencia y en consecuencia **ORDENAR LA INMEDIATA LIBERTAD** de los nombrados, la que deberá hacerse efectiva desde los estrados del tribunal de origen, de no mediar otra causa legal de detención (arts. 1, 18, 19, 33, 75 inc. 22 de la C.N.; 8.2.h), 25 y 28.1 CADH; 12 DUDH; 2.2, y 17 PIDCyP; 123, 167, 168, 236, 404 inciso 2, 456, 470, 471, 473, 530 y concordantes del CPPN).

Regístrese, hágase saber y remítanse las presentes actuaciones al tribunal de origen 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.