

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

foja: 50

CUIJ: 13-07116903-5/1((018601-85765))

FC/ ALMONTE SANCHEZ LUCIANO EMANUEL, LUNA MEDINA
CARLOS ROQUE, MEDINA ROBERTO MAURO, LUNA AMAYA
LUCAS ENZO, CORIA MURATORE LUCIANO ANDRES, WEISS
ALONSO ALEJANDRO EXEQUIEL P / ROBO AGRAVADO POR EL
USO DE ARMA DE FUEGO P/ RECURSO DE CASACIÓN

106286083

En Mendoza, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, reunida la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa n° 13-07116903-5/1 caratulada “F. c/ ALMONTE SANCHEZ LUCIANO EMANUEL, LUNA MEDINA CARLOS ROQUE, MEDINA ROBERTO MAURO, LUNA AMAYA LUCAS ENZO, CORIA MURATORE LUCIANO ANDRÉS Y WEISS ALONSO ALEJANDRO EXEQUIEL P/ ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO S/ CASACIÓN”.

En las presentes actuaciones, el Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra el auto dictado en fecha 10 de noviembre de 2022, y sus fundamentos, emitido por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción. Ello, en tanto hizo lugar parcialmente al recurso de apelación impetrado por las defensas de Almonte Sánchez, Luna Medina, Medina Luna y Luna Amaya, y, en consecuencia, ordenó declarar la nulidad de los pedidos de extracción de datos de los teléfonos celulares realizados por el Ministerio Público Fiscal de fs. 307/309 y 484/486 de los autos P-85.765/20 -y sus correlativos en las causas acumuladas-, así como de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Garantías que autorizó las medidas a fs. 311 y 487 y vta. -y sus correlativos en las causas acumuladas- y de todos los informes relacionados a dichas extracciones.

De conformidad con lo determinado en audiencia de deliberación quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los señores ministros del Tribunal: primero, **DRA. MARÍA TERESA DAY**, segundo, **DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO**, tercero, **DR. JOSÉ VIRGILIO VALERIO**, cuarto, **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ**, quinto, **DR. MARIO DANIEL ADARO**, sexto, **DR. PEDRO JORGE LLORENTE**, séptimo, **DR. DALMIRO GARAY CUELI**.

En función del recurso interpuesto, y de acuerdo con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, este Tribunal en pleno se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA: ¿Es procedente la nulidad interpuesta por la defensa del acusado Luciano Andrés Weiss Alonso respecto de la audiencia de informe oral?

SEGUNDA: ¿Es procedente el cese de la prisión preventiva solicitado por la defensa respecto del acusado Luciano Andrés Weiss Alonso?

TERCERA: ¿Es procedente el recurso interpuesto?

CUARTA: En su caso, ¿qué solución corresponde?

QUINTA: Pronunciamiento sobre costas.

SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

En relación con la nulidad impetrada por la defensa oficial del acusado Weiss durante la audiencia de informe oral, corresponde señalar que no resulta procedente por ser manifiestamente improcedente. Doy razones.

La letrada cuestionó la realización de la audiencia celebrada a los términos del art. 480 de la ley adjetiva, entendiendo que la vía impugnativa articulada por la parte recurrente resultaba formalmente improcedente. Fundó su pretensión en la falta de impugnabilidad objetiva del decisorio censurado, dado que el mismo no se trata de una sentencias definitivas ni de un auto que pongan fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de cualesquiera de ellas (conf. art. 475 del CPP). Agregó que de ningún modo podía considerarse que la decisión del tribunal de la instancia previa signifique la extinción del curso de la acción penal, dado que las nulidades declaradas sobre actos procesales cumplidos durante la investigación penal preparatoria no determinaron el dictado del sobreseimiento de su representado –ni de ningún otro de los coimputados-, sino sólo la conformación de un nuevo cuadro probatorio sobre el cual, el Ministerio Público Fiscal debía evaluar el mérito convictivo en cada una de las causas tramitadas.

Según entiendo, el planteo así formulado debe rechazarse *in limine*. Ello por cuanto, conforme surge de la compulsa de los autos principales, la admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria bajo revisión se encuentra resuelta por la Sala

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Segunda de esta Suprema Corte de Justicia quien, por mayoría de votos, en fecha 16 de febrero de 2023 decidió admitir la queja interpuesta por la acusación pública contra la resolución que declaró formalmente inadmisibile el recurso extraordinario de casación formulado. Pronunciamiento que, a la fecha, luego de las notificaciones de rito, no ha sido materia de impugnación por los interesados dentro del plazo de ley. Por lo cual, se encuentra firme.

En razón de lo expuesto, el planteo nulificante formulado por la defensa oficial del acusado Weiss, no puede ser de recibo en esta instancia.

ASI VOTO

Sobre la misma cuestión, los **DRES. PEDRO JORGE LLORENTE Y DALMIRO GARAY CUELI** adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO, POR SU VOTO, DIJO:

Puesto a resolver la cuestión planteada considero que debe rechazarse el planteo de nulidad formulado por la defensa del acusado Weiss. Ello, pues si bien al momento de expedirme sobre la queja interpuesta por el Ministerio Público Fiscal respecto de la resolución cuestionada sostuve que ésta no era susceptible de revisión en esta instancia por la vía intentada, lo cierto es que el voto mayoritario de la Sala Segunda la admitió. Esa resolución se encuentra firma y por lo tanto, el planteo de nulidad debe ser rechazado *in limine*.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ** adhiere al voto que antecede

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ VIRGILIO VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

En relación con la nulidad impetrada por la defensa oficial del acusado Weiss durante la audiencia de informe oral, no corresponde dar trámite por ser manifiestamente inadmisibile. En efecto, la defensa cuestiona la realización de la audiencia por ser nula de nulidad absoluta, al considerar que el recurso del Ministerio Público Fiscal no resultaba procedente formalmente. Refiere, al respecto, que lo resuelto

en la instancia previa no resultaba impugnada por vía de casación de acuerdo con las previsiones del art. 475 del CPP, en tanto esa resolución cuestionada no encuadra en ninguna de las previstas por aquella norma.

El planteo así formulado debe rechazarse *in limine* toda vez que la cuestión relativa a la procedencia formal del recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal fue resuelta en fecha 16 de febrero de 2023 por la Sala Segunda, en voto mayoritario, al admitirse la queja interpuesta por la acusación pública contra la resolución que desestimaba el recurso de casación formulado. Esa resolución se encuentra firme, razón por la que el planteo formulado no puede ser de recibo en esta instancia. Me explico.

En primer lugar, la incidentante plantea la nulidad absoluta de la audiencia para recibir el informe oral, argumentando contra los motivos que expuso la Acusadora al recurrir contra la decisión del Juez del Tribunal Penal Colegiado en función de Juez de Apelaciones, pero no lo hace contra la decisión de este Tribunal al admitir el recurso de Queja del Ministerio Público Fiscal y que como consecuencia de ello se dispone la realización de esta audiencia que cuestiona. En principio es una incidencia de nulidad impertinente, por cuanto no tiene relación directa con el acto procesal del cual deriva en forma directa la realización de la audiencia cuestionada.

En segundo lugar, según el régimen legal vigente las nulidades que se pueden plantear *inmediatamente después de abierta la audiencia* de acuerdo al inc.4 del art. 201 del CPP, son las *acaecidas durante la tramitación* del recurso de Alzada, son: a) las nulidades específicas previstas en el art. 197 del CPP, es decir, aquellos actos procesales que están dispuestos expresamente bajo pena de nulidad, lo que no acontece con la invocada norma del art. 475 del CPP, lo que aún, en el supuesto caso que lo estuviera, quedó subsana por no haberla planteado la parte oportunamente (inc. 1 del art. 202 del CPP); y b) cuando se trate de una nulidad absoluta prevista en el párrafo tercero del art. 199 del CPP, que se deben declarar de oficio en cualquier estado y grado del proceso, lo que no fue invocado por la incidentante, ni se advierte una posible situación jurídica subsumida en la misma.

En consecuencia, como anticipo corresponde declarar inadmisibles la incidencia de nulidad absoluta de la audiencia.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, el **DR. MARIO DANIEL ADARO** adhiere al voto que antecede

SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

En relación con la solicitud de cese de la prisión preventiva solicitada por la defensa del acusado Weiss, corresponde señalar que el pedido resulta improcedente.

En primer lugar, porque resulta prematuro, tal como la propia defensa reconoció al momento de formularlo (art. 295, inc. 4 del CPP).

En segundo lugar, debido a que esta no es la instancia para solicitarlo pues este Tribunal no tiene personas detenidas a su disposición.

De tal manera, debe desestimarse lo solicitado.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los **DRES. OMAR ALEJANDRO PALERMO, JOSÉ VIRGILIO VALERIO, DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DR. MARIO DANIEL ADARO, DR. PEDRO JORGE LLORENTE Y DR. DALMIRO GARAY CUELI** adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

1.- La resolución recurrida

El tribunal de la instancia anterior, ante un recurso de apelación interpuesto por las defensas de Luciano Emmanuel Almonte Sánchez, Carlos Roque Luna Medina, Mauro Roberto Ángel Medina y Lucas Enzo Luna Amaya en relación con la resolución dictada en fecha 18 de abril del año 2.018 por el Juzgado Penal Colegiado n° 2 de la Primera Circunscripción Judicial en el marco de la audiencia de oposición al requerimiento de elevación a juicio (art. 362 del Código Procesal Penal), dispuso la nulidad de los pedidos de extracción de datos de los teléfonos celulares realizados por el Ministerio Público Fiscal de fs. 307/309 y 484/486 de los autos P-85.765/20 -y sus correlativos en las causas acumuladas-, así como de las resoluciones dictadas por el Juzgado de Garantías que autorizó las medidas a fs. 311 y 487 y vta. -y sus correlativos en las causas acumuladas- y de todos los informes relacionados a dichas extracciones.

2.- El recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal

El Ministerio Público Fiscal interpone recurso de casación contra la resolución dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción de conformidad con el art. 474, inc. 2, del CPP.

Se agravia en que la resolución es arbitraria, imprecisa y carece de debida motivación. Respecto a la imprecisión, critica que el tribunal no ha determinado cuáles son todos los actos procesales que se encuentran afectados en cada uno de los expedientes por la nulidad que declara y únicamente realiza una remisión genérica. Afirma que ello impide tener certeza en cuanto a la extensión de la decisión.

En relación con la arbitrariedad, explica que no se ha mencionado disposición legal que justifique la declaración de nulidad absoluta. Hace hincapié en que no existe regulación sobre la solicitud de datos de tráfico que pudiera dar lugar a nulidades y que el supuesto bajo estudio no encuadra en ninguna de las situaciones previstas en las normas procesales relativas a nulidades. Acerca de la motivación de la resolución casada, la cuestiona por resultar genérica y no haberse referido a ningún pedido fiscal o resolución judicial en específico.

Además, la recurrente asevera que la afectación a la intimidad que puede surgir del pedido de datos de tráfico de los celulares no resulta de tal entidad que justifique la intervención del juez de garantías. Que en las presentes actuaciones la información requerida por el fiscal de instrucción se encontraba dentro de sus facultades en virtud de encontrarse vinculada a la investigación de hechos delictivos. Agrega que por la naturaleza de la información a extraer es imposible conocer con anterioridad dónde se encuentra dentro del dispositivo electrónico. En el caso de autos, destaca que las solicitudes fiscales han especificado los hechos investigados y los elementos probatorios a obtener lo que estima que configura su debida fundamentación en cada unos de los expedientes en lo que se realizó.

En consecuencia, solicita se revoque la resolución dictada por el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de la Primera Circunscripción y se resuelva conforme a lo argumentado.

3.- El dictamen del señor Procurador General

El Procurador General dictamina en las presentes actuaciones y mantiene el recurso de casación interpuesto por la doctora María Paula Quiroga, Fiscal Jefe de la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Unidad Fiscal de Robos, Hurtos Agravados y Sustracción de Automotores, y el doctor José García Mango, Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 31 de la Unidad fiscal de Robos, Hurtos Agravados y Sustracción de Automotores. Remite a los argumentos expresados en el recurso de casación, en honor a la brevedad.

4.- Audiencia de informe oral

En fecha 20 de marzo del corriente año se realizó la audiencia oral solicitada por la parte recurrente en la Sala n° 15 del Polo Judicial a las 17:30hs. Participaron las defensas de los acusados Luciano Emanuel Almonte Sánchez, Carlos Roque Luna Medina, Mauro Roberto Medina Luna, Lucas Enzo Luna Amaya y Alejandro Weiss Alonso y, en representación del Ministerio Público Fiscal, la doctora María Paula Quiroga, Fiscal Jefe de la Unidad Fiscal de Robos, Hurtos Agravados y Sustracción de Automotores, y el doctor José García Mango, Fiscal titular de la Fiscalía de Instrucción N° 31 de la Unidad fiscal de Robos, Hurtos Agravados y Sustracción de Automotores.

Además de la exposición por las partes de los argumentos vinculados con el recurso interpuesto, debe señalarse que, en la audiencia, la defensa del acusado Alejandro Weiss Alonso planteó la nulidad absoluta de la audiencia. Ello, por considerar que la resolución cuestionada a través el recurso interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, no resulta objetiva impugnabile, de acuerdo con lo previsto por el art. 475 del CPP. Por su parte, solicitó el cese de la prisión preventiva de aquel acusado, en función de lo dispuesto por el art. 295, inc. 4 del CPP.

Las razones expuestas por las partes en la audiencia quedaron debidamente registradas en formato audiovisual; constancias a las que corresponde remitirse en honor a la brevedad.

5.- La solución del caso

Puesta a resolver el recurso extraordinario de casación formulado por el Ministerio Público Fiscal contra la decisión del Tribunal Penal Colegiado n° 2, considero que el mismo debe ser acogido en esta instancia. Ello por cuanto, como se analizará en los acápite siguientes, el decisorio impugnado adolece de vicios que lo descalifican como acto jurisdiccional válido, que determinan su nulidad. Veamos.

a.- Punto de partida: análisis de la posición institucional del

Ministerio Público Fiscal en la provincia de Mendoza

En atención a que durante la audiencia de informe oral del recurso interpuesto la representante del Ministerio Público Fiscal realizó referencias a la posición institucional del Ministerio Público Fiscal en la provincia de Mendoza, para diferenciarlo de lo que sucede en Estados Unidos y, de esa manera, destacar la ausencia de pertinencia en la jurisprudencia de este país citada por la defensa, se estima conveniente realizar algunas consideraciones al respecto.

En efecto, en oportunidad de expedirse esta Suprema Corte de Justicia sobre la constitucionalidad de la prisión perpetua, en el voto que concurrimos a integrar, sostuvimos, al abordar la cuestión vinculada con la separación de poderes, que en nuestro sistema de gobierno nunca la función jurisdiccional (como la de los otros poderes) y por tanto la competencia de los jueces, puede estar determinada por la idea filosófica, académica o política que se tenga de cómo debería ser la misma y en base a ello pretender mutar nuestra separación de poderes a otro modelo de separación o división de poderes rígido y estricto por función. Sino que, por el contrario, estamos obligados por las normas de la Constitución y, a partir de su propio texto, a que según cómo se asigna la función principal a cada poder y establecen las atribuciones para el equilibrio y control recíproco entre ellos las que determinan la función jurisdiccional, legislativa y ejecutiva. Nuestra separación de poderes como está diseñada es un principio de derecho público al cual el Gobierno Federal (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) debe asegurar su conformidad con ellos incluso en el caso de los tratados internacionales o regionales (art. 27 CN), con mayor razón respecto a toda postura que los jueces pretendan introducir en nuestro derecho sustentada en argumentos fundados en teorías, doctrinas o jurisprudencia extraña a nuestro sistema constitucional (ver, al respecto, plenario «Ibáñez Benavidez», del voto de los doctores Dalmiro Garay Cueli, José V. Valerio, Pedro J. Llorente y María Teresa Day).

Así, el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, con atribuciones orgánicas, autonomía funcional, financiera y presupuestaria (art. 1 de la ley 8.008, reformado por ley 8.911). Se encuentra integrado por un Procurador General, como máxima autoridad, y por magistrados y funcionarios

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

que se desempeñan en ese órgano. Asimismo, y como correlato necesario del ámbito donde desarrolla y cumple sus funciones, es que tanto el Procurador General, como los magistrados que integran ese órgano –los fiscales-, son designados de acuerdo al mismo procedimiento que los jueces, pueden ser removidos por las mismas causales y por el mismo órgano que los jueces y gozan de la misma estabilidad e inmunidad que los jueces (art. 15, art. 20 de la normativa citada).

A partir de allí, puede concluirse que el Ministerio Público Fiscal, y quienes lo conforman, integra el Poder Judicial, conformando por ello, uno de los tres poderes del Estado provincial. Debe destacarse la autonomía que caracteriza la actuación de sus integrantes quienes, por disposición de la propia ley, ejercen sus funciones con arreglo a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad, oportunidad y objetividad.

Si bien éste no resulta ser el ámbito propicio para desarrollar con mayor extensión los conceptos brevemente señalados en este acápite, lo cierto es que aquella última afirmación impacta en forma directa en la solución del caso que en el presente voto se propone al acuerdo. Principalmente, en cuanto permite reconocer que salvo expresas limitaciones constitucionales o procesales, los miembros del Ministerio Público Fiscal se encuentran habilitados a cumplir determinadas diligencias probatorias en forma directa, esto es, sin necesidad de contar con una previa autorización del órgano jurisdiccional. Ello en el entendimiento de que al obrar de ese modo, siempre que se respeten los márgenes legales de actuación correspondientes, no se vulneren garantías constitucionales del debido proceso legal –que contempla un amplio conjunto de derechos, y es presupuesto de la protección de todos ellos: entre otros, la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, a contar con un tribunal competente, independiente e imparcial, definido con anterioridad por ley, a obtener un pronunciamiento fundado y dentro de un plazo razonable, a ser asistido por un defensor, a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable y, a recurrir el fallo ante un juez-, ni ninguna otra garantía constitucional o convencional, no existe impedimento para que los agentes fiscales puedan proceder en forma directa.

b.- Descripción de las principales actuaciones procesales involucradas, de la resolución cuestionada y de los agravios casatorios

Entiendo que la individualización de las actuaciones procesales que

preceden la resolución jurisdiccional que es materia de impugnación casatoria permite observar, previo al ingreso del tratamiento de los concretos puntos de agravio expresados por la parte recurrente, cuál fue el derrotero procesal cumplido en la tramitación de los presentes obrados, así como también, las incidencias que oportunamente fueron planteadas –y resueltas- en diversas etapas del proceso, y los principales argumentos que sostienen esas resoluciones jurisdiccionales que, a la postre, fueron anuladas por el tribunal de la instancia previa.

b.1.- En el marco de la audiencia de oposición al requerimiento de citación a juicio (art. 362 del CPP), en fecha 22 de agosto de 2022, la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 2, rechazó los planteos efectuados por las defensas de los imputados Luciano Emanuel Almonte Sánchez, Lucas Enzo Luna Amaya, Mauro Medina y Carlos Roque Luna Medina, contra las medidas probatorias oportunamente ordenadas por el Ministerio Público Fiscal. Asimismo, rechazó las oposiciones efectuadas a los requerimientos de citación a juicio y dispuso la elevación a juicio de los autos principales P-85.765/20 y sus acumulados P-64.536/20, P-59.342/20, P-72.329/20, P-75.021/20, P-66.521/20, P-62.027/20, P-69.036/20, P-65.418/20, P-65.247/20, P-92.904/20, P-86.503/21, P-98.011/20, P-98.286/21 y P-102.768/21, de conformidad con lo previsto en el art. 361, ss. y cc., del CPP.

Esa resolución fue apelada por la defensa del acusado Carlos Luna, quien dirigió su impugnación contra el «[...] *resolutivo arribado en audiencia del día 22 de agosto de 2022 en virtud de causar la misma un gravamen irreparable [por la que] se denegó la oposición al requerimiento de elevación a juicio y el pedido de nulidades contra las medidas probatorias ordenadas por la fiscalía que fueron razón determinante de la actuación fiscal de requerimiento de elevación a juicio [...]*». Sin embargo, en el desarrollo del recurso se aleja del objeto del mismo (v. orden n° 490).

Aquí conviene detenerse para formular observaciones sobre la impugnación defensiva y su admisión formal por parte del tribunal de la instancia previa. Por un lado, debe señalarse que, como fundamento del recurso interpuesto, la defensa invocó el art. 509 del mismo cuerpo normativo (v. pág. 2 del escrito de la defensa, obrante en soporte digital), siendo que en dicha norma nada tiene que ver con el caso bajo estudio. Ello, por cuanto se trata del dispositivo procesal que establece el procedimiento de las apelaciones contra las resoluciones que han sido dictadas en el marco de un

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

incidente de ejecución penal. Además, la defensa consideró que la resolución que le provocaba un gravamen irreparable, era la denegatoria de nulidad de dictamen del Ministerio Público Fiscal, relacionado a un pedido de recusación del fiscal (v. pág. 3). Por otro lado, debe tenerse en cuenta, también, que el recurso de apelación resultó articulado sólo respecto de Carlos Luna por los letrados que ejercían su defensa técnica en el marco de las causas seguidas a instancia fiscal en su contra quienes, además, asistían a Almonte Sánchez y Mauro Medina –Dres. Carlos Reig y Pablo Moreno-.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta que uno de los requisitos fundamentales que debe cumplirse para que el recurso de apelación resulte formalmente admitido, es la indicación de los puntos de la resolución que se cuestionan, es que estimo que los defectos apuntados precedentemente, que tienen que ver con aspectos accesorios al recurso más que con defectos sustanciales, no impiden su admisibilidad formal.

Razón por la cual, la vía impugnativa intentada ha sido debidamente concedida por el tribunal recurrido (v. decreto de fecha 29 de agosto de 2022, orden n° 496 del sistema LeD) quien, además, les concedió a las restantes defensas plazo para adherir al recurso interpuesto, conforme se desprende de las cédulas de notificación –y su diligencia- a los letrados correspondientes (v. cédulas, orden n° 498 al 506).

Por su parte, en relación con las adhesiones al recurso, debe señalarse que no ha podido establecerse en el expediente si ello efectivamente aconteció. No obstante ello, se observa que a las audiencias de apelación, comparecieron el doctor Da Silva –defensor de Lucas Enzo Luna Amaya- y los doctores Reig y Moreno, que desarrollaron agravios también en defensa de Mauro Medina y Almonte (v. registro audiovisual de las audiencias de los días 20 y 26 de octubre de 2022, orden n° 442 del sistema LeD de autos P-62.027/20).

b.2.- Sustanciadas las audiencias de apelación -los días 20 y 26 de octubre de 2022-, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, en fecha 10 de noviembre de 2022, resolvió hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación presentados por la defensa de Almonte, Luna Medina, Medina Luna y de Luna Amaya, de conformidad con lo que detalló seguidamente.

En ese orden, el tribunal de la instancia previa resolvió lo siguiente:

«I.- **HACER LUGAR** parcialmente a los recursos de apelación

presentados por la defensa de Almonte, Luna Medina, Medina Luna y de Luna Amaya, de conformidad con lo que se detalla en los puntos siguientes.

II.- DECLARAR la nulidad de: 1) los pedidos de extracción de datos de los teléfonos celulares realizados por el Ministerio Público de fs. 307/309, y 484/486 de autos 85765/20 y sus correlativos en las causas acumuladas; 2) de las resoluciones dictada por el Juez de Garantías que autorizan dichas medidas obrantes a fs. 311 y 487 de autos 85765/20 y sus correlativos en las causas acumuladas, y 3) de todos los informes relacionados a dichas extracciones (Art. 203 del C.P.P.).

III.- Atento lo resuelto precedentemente disponer:

En autos P-85765/20, respecto de los imputados Coria, Almonte, y Luna Amaya **ELEVAR** la causa a juicio por el delito de **ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA** (Arts. 166 inc. 2 segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2 del C.P); y respecto del imputado Carlos Roque Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal **EVALÚE** el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-59342/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal **EVALÚE** el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-75021/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal **EVALÚE** el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-64536/20 respecto de los imputados Almonte, Luna Amaya y Luna Medina, solicitar al Ministerio Público Fiscal **EVALÚE** el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-72329/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal **EVALÚE** el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-66521/20 respecto de los imputados Luna Amaya y Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal **EVALÚE** el mérito de la causa conforme el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-62027/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-69036/20, respecto de los imputados Luna Amaya y Luna Medina, solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-65418/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-65247/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-92904/20, ELEVAR la causa a juicio respecto de Luna Medina Carlos Roque por el delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA (Arts. 166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 54, y 166 inc. 2 tercer párrafo del C.P.).

En autos P-98286/21, ELEVAR la causa a juicio respecto de Mauro Roberto Medina por el delito de TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA (Art. 189 bis inc. 2 segundo párrafo del C.P.).

En autos P-61212/20, respecto de los imputados Almonte y Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-980115/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-86503/21 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-102768/21 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

*IV.- Conforme lo resuelto precedentemente y lo dispuesto por el art. 204 del C.P.P., **APARTAR** al Dr. Galdo Andreoni y a las Dras. Patricia Alonso, Natacha Cabeza, Miriam Núñez y Miriam Gardey [...]» (orden n° 549 del sistema LeD, de los autos n° P-85.765/20).*

La fundamentación de esa decisión fue expuesta en forma oral por el juez interviniente, quien basó su decisión en una serie de argumentos que, resumidos, pueden ser individualizados del siguiente modo:

i.- Las comunicaciones telefónicas se encuentran amparadas por el derecho a la intimidad conforme los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, la ley 27.411 -que ratifica el Convenio de Budapest-, normas del Código Procesal Penal de Nación (sic), y jurisprudencia nacional, tal como el fallo «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;

ii.- Que la comunicación telefónica cuenta con tres segmentos de datos: del abonado; de tránsito o tráfico; y, de contenido;

iii.- Que los datos de tráfico –metadatos- resultan ser los más importantes pues son precisos y reveladores, siendo éstos información sensible por lo que deben estar protegidos por el derecho a la intimidad;

iv.- Que esos datos sólo pueden ser revelados por orden de autoridad judicial;

v.- Que dicha autoridad es del juez, pues es quien controla en nuestra legislación al fiscal, en resguardo al debido proceso;

vi.- Que en el requerimiento de apertura telefónica se deben hacer saber los motivos o razones y los datos telefónicos que se pretenden buscar, así como el período de tiempo que debe coincidir con los delitos investigados;

vii.- Que los pedidos del Ministerio Público Fiscal de acceso a los datos son vagos e imprecisos y ello los torna nulos;

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

viii.- Que en el caso analizado los jueces en función de garantías se extralimitaron en las respectivas órdenes sin valorar la pertinencia, utilidad y necesidad de la medida, autorizando la apertura ilimitada de datos totales y el acceso a redes sociales;

ix.- Que declarada la nulidad de las actuaciones referenciadas en las fojas precitadas, luego de analizado el mérito probatorio con la exclusión de la prueba nulificada, correspondía elevar alguna de las causas a juicio y reenviar las restantes al Ministerio Público Fiscal para que evaluara el mérito probatorio. Esto último el tribunal lo hizo sin declarar la nulidad de los autos de elevación a juicio, que le había sido peticionado por la defensa.

a.3.- Frente a esa decisión, el Ministerio Público Fiscal se agravia porque la resolución emitida por el tribunal impugnado ha declarado erróneamente la nulidad del pedido de extracción de datos de los teléfonos celulares secuestrados en el marco de las investigaciones producidas en las presentes causas, como así también, de las órdenes judiciales emitidas por los jueces competentes autorizando dichas medidas, y de los informes solicitados a la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen organizado del Poder Judicial de la Nación vinculados con los teléfonos celulares mencionados. Ello por cuanto, a su entender, no existe ninguna actividad procesal que resulte violatoria de derechos y garantías fundamentales de los acusados, dado que las diligencias practicadas se encontraban debidamente justificadas en el caso concreto, y no han puesto en crisis el desenvolvimiento del proceso.

Considera el impacto que esa resolución causa en la tramitación de las causas, dado que hace imposible que la acción continúe, porque si bien el juez *a quo* dispuso que se evaluara el mérito de diferentes causas por parte del fiscal de instrucción, lo cierto es que el material probatorio nulificado ha sido el basamento fundamental para determinar la participación de los acusados en todos los hechos investigados. La nulidad de la extracción de datos de los teléfonos celulares secuestrados como de todos los informes vinculados a estos, determina que resulte difícil determinar otra corriente probatoria independiente que permita arribar al grado de convicción requerido para el elevación a juicio.

Refiere que el juez *a quo* entendió que había existido violación al derecho de intimidad protegido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales al

razonar que esos datos de tránsito resultan más importantes que los datos de contenido porque brindan información precisa de los lugares en donde puede encontrarse una persona y, en mérito a ello, deben ser recabados por orden de juez competente a pedido del fiscal. En base a ello, señala que esa resolución resulta arbitraria, imprecisa e inmotivada y que, además, imposibilita que se continúe con el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos investigados, por la trascendencia que ostenta el material probatorio nulificado por el juez *a quo* en la acreditación de la participación criminal de los acusados en tales hechos

En este orden, estructura los agravios en tres acápite:

1.- Falta de precisión de la decisión cuestionada. En este aspecto, la parte recurrente expresa que en la parte resolutive del auto atacado, únicamente se individualizan los actos procesales nulificados de los autos P-85.765/20, pero no se determina cuáles son los demás actos que adolecen de la misma sanción en los expedientes acumulados, supliendo esa específica determinación por una remisión genérica que impide tener certeza sobre la extensión de la sanción, y genera inseguridad jurídica que no puede ser salvada por las partes. Explica que no se trata de simplemente una cuestión de estilo, sino que no es posible precisar los actos procesales que tienen o no validez en las distintas investigaciones.

Ejemplifica el cuestionamiento de la siguiente manera: los autos P-102768/21, que se originan por una compulsas de los autos P-78708/18 en los cuales Medina quedó con pedido se captura, se iniciaron en una investigación que llevaba adelante la Justicia Federal por secuestro extorsivo quien remitió a esta Unidad Fiscal el desgrabado de las intervenciones telefónicas y los datos obtenidos de esas líneas. Asimismo existían dos causas acumuladas (P-79721/18 y P-77365/18) en las cuales no estaba Medina pero donde se solicitaron datos de tráfico que han sido valorados en la causa P-102768/21. Por lo tanto, en atención a la decisión del juez *a quo*, la declaración de nulidad podría alcanzar a medidas probatorias dispuestas en otras causas y sobre las cuales ya ha recaído sentencia firme (último párrafo del punto III del resolutive impugnado)

2.- Arbitrariedad por falta de mención de las disposiciones legales en que funda dicha nulidad absoluta. Ello, por no tratarse de una nulidad taxativa en cuanto a la solicitud de datos de tráfico por el Ministerio Público Fiscal, y no encuadrar aquélla en

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

ninguno de los supuestos del art. 198 del CPP. En particular, desde que la actividad desarrollada por el Fiscal de Instrucción, en cuanto a solicitar los datos de tránsito vinculados a las líneas telefónicas utilizadas por los acusados, no ha implicado la inobservancia de ninguna de las disposiciones concernientes a los sujetos esenciales que justifique su declaración de nulidad, lo que vacía de sustento legal que justifique la anulación.

3.- Falta de motivación del tribunal. Al respecto, el Ministerio Público Fiscal considera que la nulidad dispuesta, carece de una adecuada fundamentación, en tanto se funda en manifestaciones del juez *a quo* sobre la supuesta vaguedad e imprecisión de las solicitudes efectuadas por parte del representante fiscal y de las órdenes judiciales emitidas en consecuencia, como así también, que, en esas actuaciones, no se analizó ni la pertinencia, razonabilidad ni la necesidad de las medidas probatorias en cuestión.

Al respecto, advierte que en el análisis jurisdiccional censurado, el juzgador no se refirió a ningún pedido del fiscal, como tampoco a las órdenes dadas por los distintos jueces de garantías, sino que ha realizado una afirmación genérica, y no ha considerado que surge de las solicitudes fiscales y de las decisiones jurisdiccionales pertinentes, una expresa referencia a los hechos investigados, como así también, a los elementos probatorios que se pretende obtener con esta medida.

Al profundizar este último agravio, y previo sostener que no ha existido ninguna actividad violatoria del derecho a la intimidad de los acusados, en los términos sostenidos por el tribunal con función de apelación, los recurrentes afirman que el pedido de datos de tráfico, aun cuando puedan significar una afectación al derecho a la intimidad, no es de tal envergadura que justifique la intervención del juez de garantías. Ejemplifican al respecto con otras medidas probatorias que también la afectan –así, el art. 211 del CPP- y que son resorte del Ministerio Público Fiscal.

Entiende, asimismo, que ninguna cita de la jurisprudencia invocada en la resolución cuestionada resulta aplicable a los supuestos de autos, en función del ordenamiento jurídico que rige en el orden nacional. En particular referencia al fallo «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considera que resuelve sobre otros aspectos vinculados a las comunicaciones, reafirmandose que la información requerida lo ha sido dentro de sus facultados, porque estaba vinculada a la investigación

de hechos delictivos concretos.

En cuanto a las órdenes emitidas por los jueces de garantías, refiere que el juez en función de apelación desconoce las características de la evidencia digital, la cual, por su propia naturaleza, no permite determinar con anterioridad dónde se ubica dentro del dispositivo electrónico. Por otra parte, refiere que la apertura y extracción de datos es una imagen forense que, con posterioridad a su obtención, es analizada al igual que sucede con las escuchas telefónicas.

Finalmente, reitera que en todos los pedidos formulados mediante oficio o el formulario de extracción de datos (Resolución n° 51 de implementación de la ley 9.040) se han volcado las razones que justificaban las medidas, y así lo entendieron los jueces de garantías que libraron los pertinentes decretos.

c.- Reseñadas las principales actuaciones de las causas que originan el recurso interpuesto, particularmente la decisión cuestionada y los motivos por lo que se agravia el Ministerio Público Fiscal, corresponde a continuación analizar la procedencia de estas razones.

c.1.- Acerca de la falta de determinación sobre el alcance de las nulidades declaradas con relación a las actuaciones conexas a los actos anulados

En segundo lugar, y circunscribiéndonos al concreto análisis de aquellos actos procesales que el tribunal puntualizó y que fulminó de nulidad, es decir, de los que obran a fs. 307/309, 484 y 486, 311 y 487 y vta. de los autos antes referenciados, se advierte que también le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que el tribunal en función de apelación no determinó los actos correlativos que anulaba en las causas acumuladas al expediente principal.

Jurídicamente, la manda procesal del art. 203 del CPP expresamente impone otra solución. En efecto esa norma establece que «[l]a nulidad de un acto cuando fuera declarada, hará nulos los actos consecutivos que de él dependan». Ahora bien, esa misma norma también dispone que «[a]l declararla el Tribunal interviniente establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión con el acto anulado [...]».

Esta norma procesal regula los efectos nulificantes o colaterales de la declaración de nulidad y es cierto que dicha declaración de nulidad lleva implícita la de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

todos los actos posteriores que tengan conexidad o dependencia con dicho acto. Por ejemplo, la nulidad de la imputación formal torna nula la prisión preventiva ordenada.

Sin embargo, aun cuando la ineficacia dictada pueda ser entendida del modo en que lo fue respecto de los actos posteriores en la causa principal, ello no puede colegirse en las causas acumuladas. En ellas, el tribunal en función de apelación debió aplicar la segunda regla de la norma referida, lo que se imponía desde que se trataba de otros procesos y, conforme ello, debió determinar e individualizar concreta y expresamente sobre qué actos procesales anteriores o contemporáneos al acto anulado se extendía aquella sanción de nulidad, con indicación precisa de la conexidad de los mismos.

Debe recordarse que siendo la nulidad el reconocimiento jurisdiccional de la invalidez de un acto procesal, reviste las características de una verdadera sanción, la más grave e importante estructurada en la legislación procesal penal. Dada esa trascendencia, toda la preceptiva legal sobre la nulidad de los actos procesales, debe ser interpretada con carácter restrictivo, conforme el criterio unánime imperante en la doctrina y jurisprudencia.

Al respecto, basta con mencionar que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *«[s]ólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público»* (Fallos 325:1404, 330:4549 y 334:1081, entre otros).

A ello, cabe agregar que *«[l]a idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio*

resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos» (Fallos: 315:677).

Nada de esto aconteció respecto de la errónea aplicación del régimen de nulidades –conforme lo analizado en forma precedente-, y las consecuentes nulidades declaradas en forma incorrecta en las causas acumuladas. Como adelantáramos, además de resultar en sí mismo inválido, no permite material y jurídicamente el control en esta instancia de la razonabilidad de la decisión adoptada respecto de aquellas actuaciones. Es competencia de este Tribunal en el caso, controlar, no el de investigar como en los sistemas inquisitivos o mixtos.

Así, y como se señalara, la defensa planteó la nulidad de los pedidos de geolocalización de los teléfonos celulares por resultar solicitados únicamente por el Ministerio Público Fiscal y entender que requerían de una orden judicial, y, a raíz de ello, la nulidad del informe de UDAPIF. El tribunal en función de apelación, por su parte, entendió que los datos surgían, entre otros, de la geolocalización y de la apertura de los teléfonos, considerando que los datos de tráfico son de suma importancia. Ello así por el modo en que se resuelve.

Ello es parcialmente correcto, pues como bien apuntó el fiscal en la audiencia del recurso de apelación, dicha información fue solicitada y recibida con anterioridad a la apertura de los teléfonos (ver a modo de ejemplos contestación de los oficios N° MZ 4026/20 de información de ex Nextel de fecha 1 de diciembre de 2020 de fs. 376/377 y N° 963105 de información de Telefónica de fecha 1 de diciembre de 2020 de fs. 378 y vta. de la Dirección de Asistencia Judicial de Delitos Complejos y de Crimen Organizado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos principales) y no fue nulificada por el juez. Asimismo, conforme plantea la defensa, dicha información formó parte del informe de UDAPIF y permitió las imputaciones.

Este detalle efectuado, no hace sino confirmar la generalización en la que incurrió el juez *a quo* en el dictado de la nulidad que es materia aquí de control, así como de sus consecuencias en el marco de las investigaciones desarrolladas en las causas conexas a la principal. Déficit que no sólo impide a las partes, específicamente al Ministerio Público Fiscal advertir las razones que justifican tamaña sanción procesal, sino también, que este Cuerpo pueda, eventualmente, ejercer su competencia en esta etapa extraordinaria. Lo contrario, llevaría a esta instancia a complementar la actividad

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

jurisdiccional del juez en función de apelación, que debió, primero, evaluar el mérito probatorio en cada uno de los expedientes de la medida probatoria nulificada y, segundo, decidir articuladamente sobre los pedidos de nulidad que fueron incoados por la defensa.

Conforme lo expuesto, el agravio articulado en relación con el punto la falta de precisión de la parte resolutive al individualizar únicamente los actos procesales nulificados de los autos P-85.765/20, sin determinar los otros actos que adolecen de la misma sanción en los expedientes acumulados, debe prosperar.

c.2.- Acerca de la alegada arbitrariedad y deficitaria motivación de la resolución cuestionada.

Del modo en que se adelantara, se considera que le asiste razón al Ministerio Público Fiscal en los argumentos que propone para sustentar este punto de agravio casatorio, porque la resolución cuestionada adolece de una serie de vicios que la descalifican como acto jurisdiccional válido. Veamos.

c.2.1. En forma preliminar, debe señalarse que asiste razón a la parte recurrente cuando sostiene que en la instancia previa se confundió el abordaje de la cuestión en tratamiento. Ello, en razón de que se declararon las nulidades reseñadas en el apartado anterior, cuando en realidad, y más allá de que la parte recurrente sostiene su improcedencia, lo resuelto debió abordarse a través del instituto de la exclusión probatoria, previsto en el art. 207 del CPP.

En efecto, no obstante que las nulidades y la exclusión probatoria eventualmente pueden tener vinculaciones, son instituciones procesales diferentes. Muestra de ello es que, incluso, están previstos en capítulos diferentes del Código Procesal.

Un acto procesal necesariamente debe contener los presupuestos básicos establecidos en la ley, si es así, puede decirse que se trata de un acto procesal perfecto, es decir, desprovisto de todo vicio y, por lo tanto, plenamente eficaz para producir efectos jurídicos; por otro lado, cuando el acto procesal abandona o mejor dicho no reúne las formalidades establecidos por la Ley, se ingresa en un campo progresivo de imperfecciones que pueden asumir una relevancia mínima, como en el caso de la denominada «mera irregularidad», o de una gravedad que puede provocar la nulidad absoluta de dicho acto procesal, es decir, declarar su inexistencia.

Así, habrá actividad procesal defectuosa (nulidades) cuando el acto procesal no reúne los requisitos propios de su correspondiente especie al apartarse de la configuración legal. De acuerdo al concepto expresado, la nulidad viene a ser la sanción legal establecida para los actos que se realizan con inobservancia de las garantías o formas procesales y que causen un gravamen substancial al desarrollo normal del procedimiento. La sanción, de este modo, viene a constituirse en la declaración de ineficacia de un acto procesal por defecto de alguno de sus elementos esenciales, lo cual le impide cumplir con sus fines.

Es un axioma prácticamente indiscutible el principio que dice “*no hay más nulidades que las consagradas en forma expresa por la Ley*”. Con lo cual, las nulidades deben ser productos exclusivos de la ley, es decir, solo el orden jurídico puede imponer, establecer, regular los requisitos de validez de los actos jurídicos en general -actos procesales penales en particular- y ordenar, en consecuencia, cuando un acto es nulo o carente de eficacia o valor jurídico.

En materia de nulidades penales, el sistema procesal distingue dos especies o categorías de nulidades. En un primer grupo aparecen las nulidades denominadas específicas, donde rige el principio de la taxatividad, y en el segundo grupo encontramos las nulidades genéricas o de carácter general, prescriptas por la ley en una norma genérica aplicable a cualquier acto procesal.

Las nulidades específicas son aquellas en las cuales la propia norma consagra la sanción en el caso de que no se cumpla con los requisitos. Comprenden todo acto procesal efectivizado sin las exigencias previstas por la ley bajo sanción de nulidad. Por su parte, las nulidades genéricas son las que nacen en defectos prescriptos por la ley, en una disposición o norma genérica de aplicación a cualquier acto procesal en el cual se adviertan las falencias que prevé la normativa. Su declaración exige que se verifique la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (doctrina de Fallos: 295:961; 298:312; 306:149; 310:1880; 311:1413; 330:4549). No procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507; 324:1564).

Mientras que las nulidades de carácter general, son las que nacen en

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

defectos prescriptos por la ley, en una disposición o norma genérica de aplicación a cualquier acto procesal en el cual se adviertan las falencias que prevé la normativa

Asimismo, en materia de interpretación del régimen de las nulidades procesales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (Fallos: 323:929; 325:1404; 331:994).

De este modo, como no existen más nulidades que las consagradas en forma expresa por las normas procesales (y se toma como paradigma de ello las denominadas nulidades “específicas”), las denominadas “nulidades genéricas” son interpretadas con sentido muy restringido, ya que no son regulaciones particulares o individuales de determinado acto procesal, sino que son regulaciones con sentido más amplio o general.

Por lo tanto, si proyectamos esas breves consideraciones efectuadas sobre el régimen de nulidades procesales al caso bajo análisis, advertidos, por un lado, que todas las partes han afirmado que las medidas probatorias cuya validez ha sido negada por el juez *a quo* en la resolución impugnada –solicitud de datos de tráfico de teléfonos celulares en el ámbito de una investigación penal en curso-, no se encuentran reguladas expresamente en el Código Procesal penal, y, por otro lado, que son nulos los actos procesales cuya irregularidad se encuentra expresamente prescripta bajo pena de nulidad, cabe formularse el siguiente interrogante: ¿puede coherentemente, entonces, afirmarse que lo no previsto y, por tanto, no prescripto bajo pena de nulidad es nulo? La respuesta negativa se impone con toda certeza.

Efectuada esa afirmación, y descartada la posibilidad que la nulidad declarada por el tribunal impugnado pueda ser comprendida dentro del ámbito de las

nulidades específicas, surge que el tribunal ha considerado que las irregularidades o defectos en las solicitudes fiscales, así como también, en las resoluciones jurisdiccionales adoptadas oportunamente con relación a aquellas, han implicado la violación de normas constitucionales.

Sin embargo, aún en este ámbito de las nulidades, debe demostrarse con absoluta contundencia y motivación, que la actividad procesal desarrollada lo ha sido afectando la efectiva vigencia del debido proceso legal. En el caso, los derechos y garantías del acusado, referidos a «[a] *la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece*» (art. 198 inc. 3 del CPP).

Es precisamente en este aspecto donde le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la resolución cuestionada resulta arbitraria por la ausencia de mención de la normativa involucrada. Ello, pues si bien las violaciones a garantías constitucionales del imputado en el proceso habilitarían el dictado de la nulidad en los términos del citado art. 198 inc. 3 del CPP, no puede desconocerse que esa disposición legal está directamente orientada –y encuentra su fundamento constitucional– a la protección de las garantías constitucionales procesales y del debido proceso legal, en virtud de la cual se prevé la exigencia de cumplir con determinadas formas esenciales o sustanciales en la realización de actos procesales. Por ejemplo, en el derecho de defensa desde el primer momento de la persecución penal dirigida en contra de una persona (art. 92 del CPP), en el derecho del acusado de hacerse defender por un abogado de su confianza o por el Defensor de Pobres y Ausentes (art. 131 del CPP), el derecho a conocer el hecho que se le acusa, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, que puede requerir la presencia de un defensor (art. 271 del CPP), a impugnar las resoluciones que no le favorecen (art. 451 del CPP), entre muchos otros.

Nada de ello resulta de la motivación dada por el juez *a quo* en la resolución atacada, donde se observa que las supuestas vulneraciones sobre garantías constitucionales por las actuaciones procesales nulificadas, no aparecen sustentadas en normas legales que avalen la aplicación de esa sanción procesal. En el caso, tanto la solicitud de datos de tráfico de los teléfonos celulares secuestrado a través de las tareas de investigación cumplidas en virtud de la comisión de hechos delictivos, como también, las órdenes jurisdiccionales emitidas por las juezas del Juzgado Penal Colegiado, no han

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

inobservado ninguna de las disposiciones procesales concernientes a los sujetos esenciales que justifiquen su declaración de nulidad. No se trata de un caso de nulidad de conminación específica, porque no existe ninguna disposición legal que regule la solicitud de datos de tráfico; tampoco de conminación genérica, porque no se ha producido ningún efectivo perjuicio que lesione el debido proceso legal ni el derecho de defensa en juicio.

Lo antedicho demuestra, además de la arbitrariedad de lo así resuelto, un error en el análisis procesal del caso.

Considero que la situación analizada en la presente causa, en todo caso debió encuadrarse dentro del régimen procesal de la exclusión probatoria –régimen más flexible que el de las nulidades-, entendida como la inadmisibilidad de las pruebas para su valoración cuando provengan de un acto producido, obtenido o incorporado mediante violación de garantías constitucionales. Si bien es cierto que la vulneración de garantías constitucionales es el primer límite a la libertad probatoria, también se refiere a los efectos de la incorporación u obtención de prueba ilegítima: la ineficacia y sanción de invalidez alcanza a aquellas pruebas que no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia de aquélla.

La regla de exclusión probatoria, fue enunciada en 1891 por nuestra Corte Suprema de Justicia en «Charles Hnos» (Fallos, 46:36) y sostiene que los medios probatorios obtenidos mediante procedimientos condenados por la ley son inadmisibles para fundar una condena, por más que hayan sido logrados con el propósito de descubrir y perseguir un delito. Dicha doctrina, se ve ensanchada, por la del “*fruto del árbol venenoso*”, según la cual, son inválidas las probanzas obtenidas, derivadas o que sean consecuencia de otra obtenida ilegítimamente, en violación de garantías constitucionales. En “Francomano” (Fallos 310:19), siguiendo la doctrina de “Rayford” (Fallos 308:733), la Corte entendió que si en el proceso penal hay un único camino de investigación, “*y este estuvo viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél*”. Doctrina judicial que también se encargó de poner límites y excepciones a las reglas de exclusión probatoria y su extensión, la doctrina del fruto del árbol venenoso (v. al respecto, SAGÜES, Néstor Pedro, “*Elementos de Derecho Constitucional*”, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, pág.782, con referencia al fallo “Daray” de la CSJN, sobre la

existencia de “un curso de prueba independiente”).

En nuestra legislación procesal local, las exclusiones probatorias aparecen previstas en el art. 207 de la ley adjetiva, en cuanto dispone que «[c] *arecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella*».

Advertido ello, dado que la norma citada emplea una conjunción copulativa «y» para separar las exigencias que deben verificarse para que sea posible excluir un elemento probatorio del plexo de una causa, es necesario recurrir a un doble juicio de derivación. El primero, si suprimido mentalmente el acto viciado, desaparece la prueba en cuestión. El segundo, si dicha prueba constituye una consecuencia materialmente necesaria de dicho acto ilícito y no una consecuencia meramente casual, o contingente. De aquí surge que sólo son «frutos del árbol envenenado» aquellas pruebas que tienen, como única fuente, el acto violatorio de garantías constitucionales, y que además, son consecuencias necesarias a partir de dicho acto ilícito (ver, al respecto y en lo pertinente, CSJN, Fallos 46:36; 303:1938; 306:1752; 310:2402; 311:2045).

En este orden, debe destacarse, como lo ha afirmado la Corte Federal, con consideraciones de aplicación al presente, que el examen del proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional y en atención a las reglas de la lógica, las que se verían alteradas si se anulase un procedimiento como consecuencia de supuestas irregularidades, cuando en realidad y como se explicará, la garantía de la intimidad de los acusados estuvo suficientemente resguardada al existir orden jurisdiccional suficientemente fundada y, en consecuencia, válida. Es que, una aplicación errónea de la regla de la exclusión puede desviar el proceso de la búsqueda de la verdad -en sentido de «verdad procesal», tal como se ha afirmado en el precedente «Carranzani»- y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial (Fallos 311:2045).

Llevadas estas consideraciones al presente caso, entendemos que, para resolver del modo en que lo hizo, fulminando de nulidad actuaciones procesales cumplidas en el marco de las respectivas investigaciones penales iniciadas como consecuencia de la consumación de hechos delictivos, el tribunal de la instancia previa debió individualizar y precisar qué tipo de información fue obtenida por el Ministerio

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Público Fiscal vulnerando derechos y garantías constitucionales. En su caso, cómo y en qué medida o extensión se lesionó el ámbito de intimidad y privacidad de aquellas personas sobre quienes existía un grado de sospecha fundada de su participación en la realización de conductas delictivas, cuya descripción en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, aparece mencionada en las respectivas solicitudes fiscales y, por tanto, valoradas por las magistradas que resolvieron, autorizando las diligencias probatorias en cuestión.

Esto último pone de manifiesto que, esas medidas probatorias, no sólo fueron solicitadas debidamente por el agente fiscal interviniente, dentro del marco de una investigación criminal. Sino que, la actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal ha sido efectivamente sometida a control jurisdiccional, y de la defensa de los acusados. Por lo cual, la información obtenida sobre la ubicación de las personas, en tanto usuarios de telefonía celular secuestrada, a partir del impacto y captación de la comunicación por las torre de comunicación telefónica –antenas-, estuvo precedida de una “causa probable” expresa, fundada y controlada, de acuerdo con la etapa procesal transitada.

En definitiva, no se trata de la nulidad del acto practicado (arts. 197 al 204 del CPP), sino de la correspondiente exclusión probatoria de cada prueba obtenida por esos actos (art. 207 del CPP). Lo que confirma el acierto del Ministerio público Fiscal en este punto de agravio de su impugnación casatoria.

c.2.2. Aclarado lo anterior, también acierta la parte recurrente cuando cuestiona que existe una evidente discordancia entre el pedido de nulidad articulado por la defensa, y lo resuelto sobre ese tópico por el tribunal de la instancia previa. Afirmación que encuentra sustento objetivo en las constancias comprobadas de la causa. Veamos.

En efecto, conforme se desprende de la visualización del soporte audiovisual respectivo, teniendo en cuenta la presentación defensiva y –principalmente- la segunda audiencia oral realizada en fecha 26 de octubre de 2022 (a partir del min. 00:27:02), como bien señala el Ministerio Público Fiscal, la defensa impetró la nulidad de los pedidos de geolocalización de las líneas telefónicas móviles a las empresas de telefonías, porque consideró que fueron requeridos sin orden judicial. Este planteo se asentó en considerar que la relevancia de la información surgida de allí como elemento que permitió –luego- inferir la participación de los imputados en los hechos.

Así, uno de los defensores de Luna, Almonte Sánchez y Medina, expresó que «[iba] a mantener los agravios del recurso de apelación [...] [pues] ha existido violación de normas y garantías constitucionales y convencionales [...] [por lo que, junto con el otro defensor, iban a] a solicitar la nulidad por haber pedido el Fiscal la geolocalización de teléfonos celulares [haciendo mención a la causa principal N° P-87.765/20 y sus acumuladas N° P-59.342/29, P-980.115/29, P-61.212/20, P-62.027/20, P-64.536/20, P-65.427/20, P-65.418/20, P-66.521/20, P-79.036/20, P-72.329/20 y P-75.021/20 respecto de Almonte, Luna Medina y Luna Amaya] (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:07:40 y hasta 00:10:23)».

Luego, hizo referencia al hecho de los autos principales y el secuestro de un celular a Almonte Sánchez, por cuanto «[...] eso da inicio a pesquisas de UDAPIF [para luego afirmar que] a partir de la apertura de los teléfonos encuentran ciertos números de teléfonos que darían ciertos elementos de que se habrían planeado hechos delictivos, iniciando la Fiscalía una pesquisa en la que trata de identificar los usuarios de esas líneas telefónicas [...] (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:12:51 y ss)».

Agregó que «[...] todo eso se condensa en un informe de UDAPIF y también en el pedido de geolocalización de dichos números telefónicos [...] a partir de ese informe infieren [en referencia a los representantes del Ministerio Público Fiscal] quién habría cometido los hechos, atribuyendo las líneas telefónicas y los responsabiliza del hecho (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:13:39 y hasta 00:14:19 y ss)».

Reiteró la importancia de la nulidad del pedido de geolocalización que dan las distintas compañías para las que se necesita orden judicial como una manera de resguardar la esfera de la intimidad (v. fundamentos de la defensa, registro audiovisual de la audiencia del día 26/10/22, a partir del min. 00:14:41).

Citó normativa constitucional involucrada –arts. 18 y 19 de la CN-, la ley 25.326 sobre protección de datos personales, la incidencia de esos datos en la expectativa de privacidad de los ciudadanos respecto de dicha información. A partir de ello, consideró que era necesaria orden judicial para su adecuado control aun frente a la falta de regulación (ver fundamentos orales de la defensa, registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:14:43 y hasta 00:17:20). Fundó su postura en jurisprudencia de Estados

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Unidos y nacional.

Seguidamente, al analizar la situación de Carlos Luna Medina, consideró determinante su detención por la geolocalización de un teléfono que le atribuían, sin indicación de número de línea alguna en su relato. Ello en autos P-85.765/20 y en P-86.503/21 y P-102.768/21, con algunos argumentos adicionales –rastros dactilares y genéticos entre otros- que no hacen al motivo del agravio aun cuando sí a la situación de este imputado y de Mauro Medina, hermano de aquel.

Finalmente, la defensa refirió que pretendía «[la] nulidad de las causas de los pedidos de geolocalización condensados en informe de UDAPIF y consecuente nulidad de la elevación a juicio [entendiendo que lo es por sus defendidos] y oposición también por Medina [...]» (ver fundamentos orales de ésta, registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:30:39 y ss).

A su turno, el tribunal en función de apelación, hizo una aclaración y resumió -con asentimiento del apelante- aquella presentación. Así, se circunscribió el planteo de nulidad al informe de UDAPIF y de todos los relacionados con los pedidos de geolocalización en las causas que enumeró la defensa, y a la solicitud de nulidad de los requerimientos de esas causas (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:30:50 y ss). Asimismo, respecto de Medina expresó que correspondía un tratamiento diferente por insuficiencia de prueba. Luego de ello, la defensa de Luna Amaya, el doctor Da Silva, adhirió a lo señalado por la defensa de Almonte, Medina y Luna Medina.

De lo detallado, se advierte claramente que la defensa planteó la nulidad de los pedidos de geolocalización de los teléfonos celulares por haber sido realizados directamente por el Ministerio Público Fiscal mediante oficios y, a consecuencia de ellos, nulidad del informe de UDAPIF, de todos los informes relacionados, sin indicación de cuáles, y además de los distintos requerimientos elevación a juicio de las distintas causas, infiriendo la incidencia determinante del mérito probatorio de dichos elementos. Mientras que, por su parte, el juez *a quo* resolvió la nulidad de los pedidos del Ministerio Público Fiscal de fs. 307/309 y fs. 484/486 y de sus correlativas y de las órdenes de apertura de los teléfonos celulares libradas por los jueces de garantías de fs. 311 y 487 y vta. de los autos N° P-85.765/20 y sus correlativos y de todos los informes relacionados a dichas extracciones.

Sobre ello, debe recordarse que, tratándose del recurso de apelación, la normativa procesal regula, entre otras cuestiones, el modo de interposición y el procedimiento para la tramitación y resolución del mismo (art. 467 del CPP). Sobre las condiciones de interposición, dada la remisión a lo previsto en el art. 455, se exige que el apelante indique específicamente los puntos de la decisión que fueren impugnados.

Esto último tiene directa trascendencia sobre el ámbito de competencia del Tribunal de Alzada, quien sólo se encuentra habilitado para el conocimiento y decisión sobre los puntos de la resolución a que se refieran los agravios (art. 462 del CPP), y la situación jurídica no se encuentra dentro de la excepción prevista en el art. 199 para declarar la nulidad de oficio. Márgenes de actuación que resultaron superados por la actuación *extra petita* del juzgador.

c.2.3. Continuando con el análisis y abordaje de los restantes agravios del Ministerio Público Fiscal, relacionados con los concretos actos procesales anulados por el juez de la instancia previa en la causa principal, cabe señalar que también se considera que acierta la parte recurrente cuando afirma que, de las presentes actuaciones, surge la primera solicitud de extracción de datos de fecha 20 de noviembre de 2020 (obrante a fs. 307/309), como la segunda, de 3 de febrero de 2021 (obrante a fs. 484/486), han sido debidamente motivadas por el representante fiscal interviniente. Si bien dicha medida no encuentra previsión legal expresa dentro de los medios de prueba en nuestro digesto procesal, no se advierte que sean imprecisas y vagas como afirmó el tribunal de la instancia previa.

En efecto, en esas solicitudes existe expresa mención de la causa en la que se solicita la medida, indicación de los datos completos de la víctima y pedido concreto y circunstanciado de apertura de extracción de datos de elementos secuestrados al momento de la aprehensión de ciudadanos sindicados, con indicación de los teléfonos móviles secuestrados sobre los que se peticionaba la medida, e, incluso, la metodología a utilizar y el personal técnico a cargo de la medida, perteneciente a la División Observaciones Tecnológicas de la Policía de Mendoza.

Seguidamente, y en lo que aquí interesa, se fundamentó la solicitud haciendo saber que dichos teléfonos fueron obtenidos de la requisita de los sindicados como autores de un hecho acaecido, determinando seguidamente el objeto de la medida. A efectos de ilustrar al Juzgado Penal Colegiado y motivar la misma, en los pedidos se

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

hizo una transcripción absolutamente detallada del hecho sucedido el 17 de noviembre de 2020, con todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar en donde resultaron víctimas Rosendo Lino Gorez y su esposa, ambos de más de noventa años, con indicación incluso de los elementos que les fueron sustraídos a éstas con el máximo detalle.

Posteriormente se detalló el accionar de los autores que se dieron a la fuga con la *res furtiva* a bordo de una camioneta y al ser advertidos por personal policial se desarrolló una persecución que terminó con la aprehensión de los mismos en el departamento de San Martín, previo efectuar disparos de arma de fuego contra los efectivos policiales. Se mencionó también el examen efectuado sobre las armas utilizadas y secuestradas de la División Balística de la Policía Científica. Por su parte, se consignó que dicho rodado registraba pedido de secuestro de un hecho delictivo ocurrido el día 12 de agosto de 2020 en autos N° P-59.342/28 en el que se investigada un robo agravado.

Si bien el acápite del oficio del Ministerio Público Fiscal hace mención al hecho, de su atenta lectura surge claro, que el mismo no es sino una síntesis de lo actuado por el Ministerio Público Fiscal. Pues no solo se detalla el modo del suceso, sino también las medidas probatorias llevadas adelante a ese momento. Todo ello, impide sostener que dicho pedido se encuentre inmotivado, sea vago o impreciso, como sostuvo el juez en función de apelación. Pues, no se trata de una actividad argumentativa, sino que en forma concisa debe exponer el hecho punible, y establecer la vinculación con personas o cosas que justifiquen la medida. Si esa vinculación es directa –se investiga un homicidio agravado por el uso de arma de fuego, y con el allanamiento del domicilio se busca el secuestro del arma homicida y la detención del sospechoso- no requiere explicación adicional a la descripción circunstanciada del hecho. Pero si, en cambio, esa vinculación es indirecta o deducida or hipótesis o complejidad de investigación, entonces sí se deberá explicar razonablemente el probable nexo de vinculación que justifica la medida solicitada.

Por su parte, en fecha 26 de noviembre de 2020 (v. fs. 311), obra la orden del Juzgado Penal Colegiado que, por considerar pertinente la medida, la autorizó en los mismos términos en que fue peticionada. Téngase en cuenta que fue el propio juzgado quien elaboró el oficio al personal que la llevaría adelante, y así le fue comunicada por correo electrónico a la División Observaciones Tecnológicas (fs. 312). Además que, por Secretaría del tribunal, se solicitó con antelación el turno correspondiente, para poder

notificar a las defensas de los acusados.

Otorgado el turno, en fecha 30 de noviembre de 2020, se notificó telefónicamente (ver fs. 347), pero la defensa solicitó plazo para proponer perito de control, motivando la suspensión y solicitud de nuevo turno para el 1 de diciembre de 2020. En virtud a la negativa a ser notificados telefónicamente de ello, nuevamente pidieron plazo de ley para proponer perito de control (constancia de fs. 357), se vuelve a suspender la medida y se fecha ara el 10 de diciembre de 2020 (ver constancia y decreto de fs. 362), notificándoseles esta vez por cédula que obra a fs. 363. Debido a un cambio en la defensa de alguno de los imputados, fue la propia Fiscalía quien decidió la reprogramación del turno originario para poder notificar a la nueva defensa (ver decreto del 9 de diciembre de 2020, obrante a fs. 407), reprogramada para el 18 de diciembre del mismo año (cédulas de fs. 409).

Ello no hace sino demostrar el acabado conocimiento de las medidas por las defensas.

El día de mención, notificado a la defensa, y no existiendo en autos constancia de proposición de perito de control –únicamente se ha ejercido este derecho respecto del examen psíquico realizado a Luna Medina (ver fs. 443/444)- el personal técnico autorizado de la División Observaciones Tecnológicas elaboró un informe de extracción de datos de los teléfonos 1) Motorola GSM XT1970-3; 2) tarjeta SIM PERSONAL N° 89543420119028647926, 3) tarjeta SIM CLARO N° 89543110194064356971; 4) tarjeta SIM CLARO N° 89543110194055787879 (agregado a fs. 449/471 de autos principales).

La imposibilidad de realizar la medida respecto de todos los teléfonos secuestrados o de acceder a la información en forma completa, motivó un informe acerca de la utilización de otras tecnologías (fs. 476/477) y el pedido de nueva orden jurisdiccional para practicar la medida. Esto, con devolución de los elementos objeto de ella (ver fs. 478).

La circunstancia referida motivó la nueva solicitud del Ministerio Público Fiscal de fs. 484/486, también nulificada por el juez de la instancia previa, que resulta idéntica a la anterior, pero con mención a la nueva tecnología a utilizar para proceder a la realización de la medida, de la que entiendo, por los mismos motivos que se expresaran

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

antes, que se encuentra también debidamente motivada.

Correlato de este pedido, el 3 de febrero de 2021, el Juzgado Penal Colegiado (fs. 487 y vta.) autorizó nuevamente la extracción de datos, tal como fuera solicitada, en el entendimiento de la pertinencia, utilidad y relevancia para la averiguación de la verdad real en relación al delito que se investiga. Agregó únicamente que la medida, dada su falta de previsión, debía adecuarse a lo normado por los arts. 227 y 228 del CPP, delegando la confección de los oficios en la Unidad Fiscal de Robos y Hurto. La medida continuó el mismo procedimiento: oficios con solicitud de turno para la medida con antelación para notificación de la defensa. El Informe de dicha medida se agrega a fs. 615/633.

Del recorrido seguido por la causa y circunscribiéndonos a los actos que fueron expresamente nulificados por el tribunal en función de apelación, a los que corresponde remitirse en honor a la brevedad, es posible afirmar que las órdenes de apertura de los teléfonos celulares fueron otorgadas por jueces en función de garantías del Juzgado Penal Colegiado, en ejercicio de su competencia, a requerimiento de quien tiene a su cargo la investigación penal preparatoria, y mediante solicitudes debidamente motivadas en los hechos punibles y la evidencia reunida. Se trata de una motivación concisa, tal como se dispone para la sentencia en el art. 411, inc. 2 del CPP, pero suficiente a los fines requeridos. En este orden, debe considerarse que la propia Corte Federal ha admitido, en relación con el pedido de allanamiento, pero con consideraciones extensibles al presente caso, que es válida la orden jurisdiccional que fundamenta la medida en las constancias de los autos que motivaron el pedido (ver, en lo pertinente, CSJN, «Minaglia», Fallos 330:3801).

c.2.4. Entendemos que, también, debe prosperar el agravio casatorio que señala la arbitrariedad del resolutivo impugnado, en relación a que los argumentos dados por el *a quo* para anular las actuaciones procesales cumplidas en la causa principal y sus acumuladas, exponen el desconocimiento del tribunal de la instancia anterior sobre las especiales características y cualidades que presenta la evidencia digital. Particularmente, en cuanto tiene que ver con la naturaleza de la evidencia digital, y las consecuentes particularidades que se presentan para la captación, almacenamiento y análisis de la información que se presenta en formato digital. También, para introducir esa evidencia digital en juicio.

Valga en este sentido mencionar que, a diferencia de lo que ocurre con los bienes tangibles, por ejemplo, un arma de fuego o estupefacientes, la evidencia digital no es la computadora o el celular, sino que son los datos almacenados en tales dispositivos electrónicos. Así, como bien lo refiere el Ministerio Público Fiscal, previo a la apertura de un teléfono celular, así como cualquier otro dispositivo electrónico, por caso una computadora, resulta imposible, o al menos de extrema dificultad, determinar de antemano cuál ha de ser su contenido. Claro está que, en el caso analizado, la limitación viene dada por el curso de la causa donde la medida se ordenó, y es así como fue plasmado, tanto por el Ministerio Público Fiscal, como por las juezas del Juzgado Penal Colegiado intervinientes.

Por estas razones se considera que los actos que han sido nulificados han sido dictados en absoluto respeto del ordenamiento procesal vigente y de las garantías constitucionales, dictadas por el Juzgado Penal Colegiado en la órbita de su competencia y con la debida evaluación de la procedencia, pertinencia y necesidad de la medida en aras de la averiguación de la verdad conforme los delitos investigados, y en consecuencia corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en el Punto I. A ello, debe sumarse que las partes pudieron controlar la corrección de la medida, pues les fue notificada con la debida antelación, y que la información surgida ha estado a disposición de las mismas. Por ello, pudieron ejercer el control simultáneo al momento de practicarse la medida, como el control posterior de los datos obtenidos.

De tal manera, y como ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación «[s]olo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen» (Fallos: 306:1892; 316:703 entre otros). Así, conforme a ello, es el juez quien debe determinar la injerencia en dicho ámbito de intimidad que, como se explicó, en el caso ha acontecido, asegurándose el efectivo ejercicio de la defensa. Aspecto que también demuestra el déficit de motivación de la decisión cuestionada por la parte quejosa.

c.2.5. Asimismo, cabe señalar que, al resolver la oposición al requerimiento de citación a juicio, el Juzgado Penal Colegiado, mediante auto de fecha 22 de agosto de 2022, dispuso, además del rechazo de las nulidades articuladas por las defensas y la elevación a juicio de todas las causas antes referenciadas. Decisión que,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

como se dijo, no ha sido materia de nulidad por el juez de apelación.

Contrariamente, el juez de apelación, dejando firme aquella elevación a juicio, en orden al efecto difusivo que le diera a la nulidad dictada en el resolutive II de la decisión de fecha 10 de noviembre de 2022, dispuso una nueva elevación a juicio en algunos expedientes y respecto de algunos acusados, y ordenó la remisión a la Fiscalía interviniente en los restantes para que evalúe el mérito de la causa conforme a la nueva conformación del cuadro probatorio que resultara de la decisión adoptada en el marco del recurso de apelación de la defensa. Decisorio que ha excedido notable y manifiestamente el ámbito de la materia del recurso.

Por todo lo desarrollado en el presente acápite, se comparte en esta instancia con el Ministerio Público Fiscal que la resolución impugnada adolece de falencias que implican su anulación, por presentar defectos decisivos -apartamiento manifiesto de las constancias comprobadas de la causa y el derecho vigente- que equivalen a la ausencia de fundamentos.

c.3.- Sobre las citas jurisprudenciales y su aplicabilidad al caso concreto

Punto aparte merece la cita de precedentes nacionales e internacionales por parte del tribunal de la instancia previa al fundar, de manera oral, la resolución impugnada.

Tal como se desprende de la visualización de la audiencia oral de apelación, como de aquella donde la parte recurrente informó el recurso de casación articulado, los litigantes se expresaron sobre la corrección del fallo en cuanto a la cita de los precedentes utilizados por el juzgador. Mientras el Ministerio Público Fiscal cuestionó las razones invocadas en la decisión impugnada para aplicar jurisprudencia local e internacional, las defensas, por su parte, coincidieron en la validez de esa argumentación.

Ahora bien, al respecto debemos mencionar que no existe impedimento para fundar una decisión jurisdiccional sobre la base de consideraciones desarrolladas argumentativamente en antecedentes jurisprudenciales, sean estos locales o extranjeros. Sin embargo, esa sensible operación no debe trascender los límites impuestos por la constitución, por los que surgen –en general- de la ley y -en particular- del caso.

En cuanto a las pautas constitucionales de las decisiones judiciales que limitan esa operación intelectual, las mismos surgen expresamente de la propia

Constitución de la provincia de Mendoza, la que, sabiamente, establece que «*Los tribunales y jueces deben resolver siempre según la ley, y en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución, las leyes y tratados nacionales como ley suprema en todos los casos, y la Constitución de la Provincia como ley suprema respecto de las leyes que haya sancionado o sancionare la Legislatura*» (art. 148), como también, que «*Las sentencias que pronuncien los tribunales y jueces letrados se fundarán en el texto expreso de la ley, y a falta de ésta, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*» (art. 149).

De esta manera, toda operación de interpretación normativa que se precie de tal, debe reconocer que la principal y primera fuente de derecho son las disposiciones constitucionales, convencionales con jerarquía constitucional, y demás normas convencionales y legales, de acuerdo con el orden de prelación -o jerarquía- constitucionalmente establecido (art. 31 de la Constitución Nacional, art. 148 de la Constitución de Mendoza). Forzoso entonces es decir que las decisiones judiciales adoptadas en la resolución de casos, no integra la primera fuente de interpretación normativa, pues no participa de ninguna de las características que son propias y atributivas de la ley.

En cuanto tiene que ver los límites fácticos, las limitaciones a la aplicación de antecedentes jurisprudenciales surgen de las particulares y excepcionales circunstancias que rodean el caso a resolver. Pues serán ellas las que, racionalmente consideradas, permitan o impidan la aplicación de resoluciones emitidas en el marco de procesos judiciales distintos al que transita el caso bajo que debe ser resuelto. Situación que se complejiza aún más cuando se pretende resolver casos en la órbita local a partir de decisiones jurisdiccionales extranjeras, que han sido adoptadas dentro de procesos judiciales desarrollados bajo la órbita de un sistema de gobierno diverso al nuestro, que presenta una estructura organizativa e institucional diferente, además de un sistema jurídico disímil que -por definición- se muestra alejado del aquel que rige los procesos penales en la órbita federal y local de nuestro país (*common law / civil law*).

Por lo cual, sin pretender agotar el tema, la práctica del precedente, como actividad mediante la cual se entiende que “el caso” que pende de decisión tiene un precedente, es decir, que hay una decisión de un caso como el actual que precede a éste

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

que lo resuelve de determinado modo, y que a ella debe sujetarse, precisa necesaria e indubitadamente que el operador jurídico verifique ex ante que el caso (o cuestión debatida) es substancialmente parecido –no idéntico, porque eso es utópico e improbable- al del anterior, es decir, a aquel resuelto precisamente en el precedente aplicado. Y así debe aparecer fundado por quien hace esa interpretación fáctica y la consiguiente aplicación jurisprudencial.

En otras palabras, debe describirse por qué los casos presentan esa similitud o analogía, dar razones precisas y completas que, alejadas de meras afirmaciones dogmáticas o interpretaciones ideológicas, así lo justifiquen, donde se contemple los antecedentes de esos casos, el contenido de las normas en juego, entre otros aspectos relevantes. Luego, si esa expresión de motivos demuestra adecuadamente la analogía substancial, allí será posible extrapolar ciertos y limitados conceptos que aparecen desarrollados en el antecedente jurisprudencial invocado para respaldar la solución del caso a resolver. En sentido inverso, cuando ese análisis comparativo no determina racionalmente una similitud substancial casuística, dado el contexto fáctico – además del normativo- que rodea a la decisión que se adopta, no resulta posible invocar el o los precedentes que se trate. Pues ello importaría un caso de “asimilación improcedente” que necesariamente afecta la fundamentación de lo resuelto –caso de arbitrariedad-.

Aquí no debe soslayarse que, a diferencia de las leyes –que, en general, estatuyen para más de un supuesto específico, y para el futuro-, las sentencias resuelven concretamente un caso o controversia (art. 116 de la Constitución Nacional), constituido por un hecho o grupo de hechos y circunstancias que, junto con lo pedido por las partes intervinientes, define el caso a resolver, y limita la competencia del tribunal.

De ahí que cuando en una sentencia se elabora la solución a adoptar, esto es, para resolver el caso, lo hace a la luz de los hechos alegados y probados. Por ende, para establecer qué se decidió en un caso, debemos guardar apego a sus hechos y, en principio, ceñir la solución a esos hechos. Por el contrario, si el intérprete –en este caso, el o los jueces que integran el tribunal que debe resolver- prescinde de estos hechos, o si los reformula de un modo genérico, de modo de “presionar” o “forzar” la pretendida asimilación substancial, de modo tal de permitir la interesada utilización y aplicación de un precedente, incurre en el error de interpretar la sentencia “como si” fuera una ley”,

abstrayéndola de las específicas circunstancias que motivaron ese particular pronunciamiento –“el antecedente”-.

En ese entendimiento, debe decirse que el precedente «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 332:111), citado por el juez de la instancia previa como argumento para fortalecer su decisión, no tiene el alcance pretendido.

En efecto, en aquella oportunidad la Corte Federal se pronunció en relación con un recurso promovido por el Estado Nacional en tanto pretendía que se revocara un pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había confirmado la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la ley 25.873 y del decreto 1.563/04 (que fuera derogado por el decreto 357/05).

En el caso, Ernesto Halabi había promovido acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet sin que una ley determinara en qué casos y con qué justificativos. Alegó que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostentaba en las comunicaciones con sus clientes.

La Corte Federal rechazó el recurso del Estado Nacional y confirmó la sentencia de la instancia anterior. Como es sabido, el fallo de la Corte resulta de importancia en relación con las acciones de clase pero, en lo que aquí interesa, debe señalarse que la Corte refirió que lo resuelto por los jueces de la causa se ajustaba a los requisitos que conforman el estándar sobre libertad que enunció (en el considerando 25) y que imponía la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las interceptaciones de las comunicaciones personales.

Así, expresó que las normas cuestionadas habían establecido una restricción que afectaba una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguían ni precisaban de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operaban las

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

intercepciones, toda vez que no especificaban el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Destacó, además, la circunstancia de que las normas tampoco preveían un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales.

De tal manera, entendió que era inadmisibles que las restricciones autorizadas por la ley cuestionada estuvieran desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos. Esta afirmación tenía relevancia en tanto desde 1992 era la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE, que actuaba en ese momento bajo la órbita del poder político, la que debía cumplir con los requerimientos que formule el Poder Judicial en orden a la interceptación de comunicaciones telefónicas u otros medios de transmisión que se efectúen por esos circuitos (considerando 26).

En cuanto al referido estándar sobre libertad, la Corte refirió que sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892; 316:703, entre otros). De tal manera, expresó que en este marco constitucional debía comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requería de una orden emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. A ello, agregó que aquella norma concordaba con el art. 18 de la ley 19.798 (considerando 25).

Como se advierte, la plataforma fáctica respecto a la que se expidió la Corte Federal en aquella oportunidad, difiere de la que origina la presente causa. Aspecto que determina la inexistencia de similitud substancial casuística entre ambos y, por ende, la aplicación del fallo nacional como precedente para fundar la decisión cuestionada en las presentes actuaciones.

En efecto, en «Halabi» de lo que se trataba era de la validez, o no, de los arts. 1 y 2 de la ley 25.873 y del decreto 1.563/04. Por su parte, lo que resolvió el juez de la instancia previa en esta causa se relaciona con la fundamentación de las órdenes jurisdiccionales. En «Halabi» el Máximo Tribunal hizo referencia al art. 236 del CPPN (ley 23.984), el que sólo tiene alguna coincidencia con nuestro art. 229 del CPP, en cuanto que la intervención de las comunicaciones del imputado requiere orden jurisdiccional. Pero a diferencia de nuestra regulación procesal, en el ámbito del Código Procesal de la Nación, se prevé—con la modificación introducida a esa norma por ley n° 25.760— que también requiere autorización judicial «*la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él* [en relación al imputado]», ampliando así la posibilidad de injerencia hacia los terceros que se comuniquen con el imputado —lo que no ocurre en autos con las solicitudes de geolocalización solicitadas—.

En el presente caso, para el registro de comunicaciones, existió orden, en dos ocasiones, por los motivos que fueron explicados, y esas órdenes, como se dijo, resultaron suficientemente fundadas. Además, los recaudos que la Corte Federal destacó que debían tenerse en cuenta, en función del planteo que analizaba, iban dirigidos esencialmente hacia la Administración. De tal manera, y con las observaciones realizadas, es posible afirmar que lo resuelto en la instancia del Juzgado Penal Colegiado, al momento de resolver la oposición al requerimiento de citación a juicio y las nulidades interpuestas, en nada se oponen a lo resuelto por la Corte Federal en «Halabi».

Sin perjuicio de esa falta de analogía sustancial entre las referidas plataformas fácticas que conformaron los objetos procesales de ambas actuaciones, lo cierto es que la imposibilidad de utilizar el fallo nacional como precedente jurisprudencial en respaldo de la decisión impugnada encuentra otro motivo más: el Fallo «Halabi» fue pronunciado por la Corte Federal en el marco de un sistema procesal mixto, el del Código Procesal Penal de la Nación, conforme lo dispone la ley 23.984, donde el fiscal tiene a cargo la investigación por delegación, y en donde se realiza una remisión a la letra del art. 236 de la ley adjetiva nacional —intervenciones telefónicas— que, no sólo no se encuentra vigente, sino que, además, difiere de lo establecido por nuestro ordenamiento procesal. Modelo de enjuiciamiento penal que, en el ámbito federal, ha mutado hacia la adopción de un sistema acusatorio, que pone en cabeza del Ministerio Público fiscal de la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Nación la conducción de la investigación, a cuyos integrantes le corresponde -entre otros- la carga de la prueba y el deber de probar en el juicio oral y público los hechos que fundamentan su acusación (art. 90 ss y cc del CPPN, según el texto establecido por la ley 27.063).

Lo antedicho, sin desconocer que –además- la geolocalización a través de datos generados por las celdas de conexión no es una medida probatoria específicamente regulada en el Código de Procedimientos.

Por lo tanto, le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la cita jurisprudencial que realiza el juez de la instancia anterior respecto de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mencionado fallo «Halabi», no puede ser considerada para dar fundamento a la decisión objeto de impugnación en los presentes autos.

Por su parte, tampoco resultan de aplicación al caso los precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos citados por la defensa para fundamentar la razonabilidad de la resolución de la instancia previa.

En cuanto al precedente «Estados Unidos v. Jones», debe señalarse que la plataforma fáctica del caso difiere notablemente del presente. En efecto, en ese caso se había conectado un dispositivo GPS al automóvil de un sospechoso para monitorear sus movimientos. El GPS había sido autorizado por una orden judicial por el término de diez días, pero la vigilancia se la estimó como excesiva, por ser de más de veintiocho días. Tal accionar, referido a adjuntar un dispositivo GPS y luego utilizar los datos aportados, fue valorado por el Tribunal como una búsqueda que violaba la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., «En busca de la privacidad perdida. “Carpenter vs. Estados Unidos”», La Ley, suplemento del 22 de marzo de 2019).

Por su parte, en el caso «Ryley v. California» el Tribunal se expidió sobre la búsqueda e incautación de datos almacenados en un teléfono móvil durante el arresto de Ryley, que había sido detenido por la policía después de encontrar en su automóvil dos armas utilizadas en un tiroteo. Durante el arresto se investigó su teléfono sin orden judicial y la información surgida de él permitió inferir que Riley estaba relacionado con actividades ilegales. El Tribunal resolvió que era necesaria una orden para acceder a los

datos de un teléfono móvil. Debe decirse, además, que el caso también giró en cuanto a lo que denomina la «doctrina de terceros», según la cual, una que el usuario revela los registros a una compañía, por ejemplo de teléfonos móviles, a las torres de telefonía celular, renuncia a su expectativa de privacidad (ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., op. cit.).

En cuanto al precedente «Carpenter», referido en la jurisprudencia nacional citada por la defensa, debe destacarse que en ese pronunciamiento la Corte Suprema de Estados Unidos se expidió en relación con la justificación que se requería para habilitar el acceso de a los datos de geolocalización del teléfono celular de un acusado. En una ajustada mayoría de cinco votos contra cuatro, se expidió y estableció que la orden judicial emitida bajo el *Stored Communications Act* no resultaba suficiente para habilitar el acceso a los datos de geolocalización del teléfono celular de uno de los acusados en la causa -Carpenter-, ya que resultaba necesario contar con una orden judicial con un estándar superior, el mismo que se requiere en caso de allanamientos, es decir un *warrant* emitido con fundamento en una causa probable (ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., op. cit.).

Los hechos del caso fueron los siguientes. En 2011, la policía federal detuvo a un hombre acusado de asaltar algunos comercios. Al ser interrogado, identificó a otras personas que habrían participado en varios otros robos en los meses anteriores, incluyendo a Timothy Carter. En estas circunstancias, la policía le solicitó a un juez que emitiera una orden judicial con fundamento en la *Stored Communications Act* (Ley de Comunicaciones Almacenadas) para obtener datos de la ubicación del teléfono celular de Timothy Carpenter. Esta ley permite la obtención de información acerca de telecomunicaciones cuando existan fundamentos razonables para creer que son relevantes y materiales para una investigación penal. El juez concedió la orden y se recolectó información acerca de las celdas a las que el teléfono celular de Carpenter se conectó, indicando los momentos de inicio y finalización de sus llamadas por un período de cuatro meses.

Posteriormente, Carpenter fue acusado de cometer una serie de robos a mano armada. Antes del inicio del juicio, su defensa solicitó que se declarara inadmisibile la información de geolocalización obtenida de su teléfono celular alegando que tal acceso importó una violación a su derecho constitucional a la privacidad. El tribunal de primera

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

instancia rechazó la petición. Durante el trámite del juicio, el fiscal utilizó esta misma información para establecer que el teléfono celular de Carpenter había estado en las cercanías de los cuatro lugares en los que se cometieron los robos, mientras estos ocurrían. Eventualmente, Carpenter fue declarado culpable y condenado a más de 100 años de prisión. Oportunamente, la Cámara de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos confirmó la decisión del tribunal de primera instancia.

La defensa de Carpenter planteó un recurso de *certiorari*, que fue aceptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En una decisión que difiere de los lineamientos sentados en algunos precedentes del mismo tribunal, revocó el fallo apelado y devolvió el expediente a la instancia inferior para que se tomen medidas consistentes con esta nueva decisión

Ahora bien, debe decirse que, conforme fuera analizado en forma precedente, e nuestro sistema de organización institucional, dada la ubicación orgánica y estructural del Ministerio Público Fiscal, no resulta posible asimilar o establecer una similitud substancial entre el caso de autos con aquellos resueltos en los precedentes de la jurisprudencia norteamericana referenciada por el *a quo*. Pues, dado que en nuestro sistema, el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, lo que impide asimilar e identificar su actuación con el gobierno de turno, no resultaría extensible al presente caso la preocupación puesta de manifiesto por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América. En el fallo “Carpenter”, para limitar el acceso a los registros históricos de teléfonos celulares por las agencias de Gobierno a cargo de las investigaciones criminales, específicamente de los funcionarios policiales. En otras palabras, para evitar que el *Gobierno norteamericano* acceda y obtenga información de evidente contenido sensible de sus conciudadanos, en forma ilimitada, irrestricta e incontrolada o incontrolable.

Pero este no es el caso que motiva el decisorio cuestionado en autos, pues las inferencias respecto de la vinculación de las personas cuya intimidad habría resultado, a criterio del *a quo*, vulnerada, con actividades ilegales, surgieron de investigaciones fiscales, por hechos delictivos denunciados, a cuyas denuncias le siguieron elementos probatorios de diversa índoles que, según el criterio de los agentes fiscales, justificaba los pedidos de extracción de ciertos y precisos datos, determinados por su relación con el

caso investigado, de los teléfonos celulares secuestrados. Siempre, sobre la base de considerar las características que son inherentes a la evidencia digital, y las particularidades que ello determina a la hora de la pesquisa correspondiente.

Como claramente se advierte, ninguno de los pronunciamientos de la Corte estadounidense guardan relación con lo que aquí se discute, lo que impide su aplicación.

En primer lugar, debido a que el sistema de organización del Ministerio Público Fiscal en Estados Unidos es diferente al de nuestra Provincia. Mientras que en el país norteamericano el Ministerio Público Fiscal se encuentra en la órbita del Poder Ejecutivo, en Mendoza conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial (art. 1 de la ley 8.008, modificada por la ley 8.911). Esta primera perspectiva hace que las consideraciones referidas por el Tribunal estadounidense no resulten de aplicación, sin más, a nuestro sistema judicial.

En segundo lugar, lo que se debatía en el fallo «Carpenter» se relacionaba con el nivel de justificación exigido en la orden judicial sobre la base de legislación de aquel país, mientras en el presente caso, el punto de partida, en cuanto a la legislación procesal, es diferente. En efecto, el caso referido de Estados Unidos, se discutía acerca de la necesidad de contar, o no, con un *warrant*, esto es, una orden judicial que llegue al estándar de «causa probable» *-probable cause-*, tal como se requiere para la emisión de una orden de intervención telefónica o de allanamiento.

Aún así, a la luz del precedente «Carpenter», puede afirmarse que las resoluciones jurisdiccionales de fs. 311 y 487 de autos 85765/20, y sus correlativos en las causas acumuladas, resultaron fundadas. En «Carpenter» se sostuvo que la orden judicial requería una justificación similar a la exigida para el allanamiento, y de lo explicado precedentemente, surge que tal recaudo ha sido cumplido. Ello, más allá de que no existe una exigencia expresamente prevista para el caso por el Código Procesal Penal, y la primera de las juezas intervinientes consideró que la medida solicitada por el fiscal interviniente resultaba útil para el esclarecimiento de los hechos, y la segunda, se remitió y aplicó los art. 227 y 228 del CPP –esto es, intercepción de correspondencia, y apertura y examen de correspondencia, respectivamente-. Sin perjuicio de lo expuesto, lo que se encuentra claro, es que las órdenes jurisdiccionales se encuentran suficientemente fundadas.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Por lo expuesto, puede concluirse que existe arbitrariedad en la resolución cuestionada en cuando refiere que los pedidos del Ministerio Público Fiscal de acceso a los datos son vagos e imprecisos y que las juezas en función de garantías se extralimitaron en las respectivas órdenes sin valorar la pertinencia, utilidad y necesidad de la medida, autorizando la apertura ilimitada de datos totales y el acceso a redes sociales.

d.- Consideraciones acerca de la ausencia de necesidad de orden jurisdiccional para solicitar, por parte del Ministerio Público Fiscal, datos de llamadas o geolocalización

Finalmente, debe señalarse que –también- le asiste razón al Ministerio Público Fiscal, cuando afirma que no resulta necesaria orden de juez competente para solicitar datos de llamadas y/o de geolocalización.

En efecto, como se afirmó, el sistema de nulidades puede ser de conminación genérica o específica, así como que esta medida probatoria, no está regulada en nuestro digesto procesal, razón por la cual, como bien se ha planteado, con las restricciones que supone el dictado de una nulidad, habrá que determinar, si esos datos suponen o no violación al derecho a la intimidad.

A diferencia de algunos códigos procesales de nuestro país, como el Código Procesal Penal de la Nación –ley 23.984-, nuestro Código Procesal Penal y del mismo modo el nuevo Código Procesal Penal Federal -leyes 27.063 y 27.482- pone a cargo la investigación preliminar en cabeza del fiscal, a quien se le atribuye la responsabilidad probatoria en relación con su hipótesis acusatoria en los arts. 340 y 342 del CPP. Mención que se reitera en el art. 367, último párrafo del CPP.

En consecuencia, la pauta general en los sistemas que adoptan la investigación penal preparatoria a cargo del Ministerio Público Fiscal, permite a éste practicar los actos de prueba -actualmente y conforme las modificaciones establecidas por la ley 9.040- a fin de coleccionar los elementos que darán base a sus requerimientos, salvo aquellos que, por imperio constitucional o legal, le están vedados, como expresamente se establece respecto de la apertura y examen de correspondencia, la intervención de las comunicaciones, los allanamientos de morada por caso, que requieren de autorización judicial –orden- escrita y previa.

En este orden, acierta la parte recurrente al ejemplificar, respecto de medidas probatorias de resorte exclusivo del Ministerio Público Fiscal, aun cuando éstas cuentan con un procedimiento específico, como el registro corporal. De acuerdo con ello, la petición del listado de llamadas telefónicas o su impacto en determinadas antenas supone necesariamente una menor intensidad en la injerencia de ese derecho fundamental (ROMERO, Sebastián, «Los registros de comunicaciones telefónicas (sábanas) en la investigación penal: otro capítulo sobre la permanente tensión entre tecnología y privacidad», Revista de Derecho Procesal Penal 2011-2. La investigación Penal Preparatoria –II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 327 y ss).

En cuanto a estas «sábanas» de datos requeridos a las empresas telefónicas, se entiende que sólo aportarán datos exteriores de las comunicaciones mantenidas entre los individuos y de los mensajes entre ellos, indicando datos tales como línea de la que proviene, día, hora, duración de la llamada, antena sobre la que la misma habría impactado, pero no su contenido.

Sobre este último aspecto, valga señalar que estos datos sólo indican un perímetro determinado, es decir, una zona extensa que se encuentra dentro del radio de captación de la antena, y que, al decir de los propios informes que emiten las compañías de telefonía móvil, no implican necesariamente que la llamada se hubiera desarrollado íntegramente allí, pues puede haber comenzado y terminado en otro ámbito, el de una antena distinta.

Al respecto, es evidente que lo único que con ello se puede conseguir con la geolocalización -o georreferenciación-, es un radio de acción prefijado mediante la activación de mecanismos de comunicación, a través del envío de señales, traducidos en números, de donde pueda inferirse la localización de unos terminales de donde inducir la presencia de determinados sujetos por la utilización más certera de un material que se ha conseguido por otros medios probatorios. En caso, a través del secuestro de teléfonos celulares en el marco de investigaciones criminales.

Con la cual, esos datos obtenidos de las operadoras de telefonía, que determina una ubicación que sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la/s torre/s de telefonía móvil en las que impactaron las comunicaciones en cuestión, en modo alguno puede considerarse que afecta, al menos en forma relevante, el derecho a la intimidad, ni del emisor de la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

comunicación, ni tampoco de quién o quiénes resulte/n el/los receptor/es de la/s misma/s. Máxime cuando, como en autos, la solicitud fiscal estuvo enmarcada dentro de procesos de investigación criminal, acotados a un objeto de investigación –plataforma fáctica- determinado en sus circunstancias no sólo espaciales, sino temporales.

Ello, al solo efecto de demostrar el menor valor determinante que dicho dato probatorio puede llegar a alcanzar (ver, a mayor abundamiento, ROMERO, Sebastián, obra citada, p. 345, cita 47, y p. 355; en el mismo sentido, LLERA, Carlos Enrique, «¿Puede el fiscal requerir el listado de llamadas telefónicas entrantes y salientes en las causas delegadas del art. 196 del CPP?», LL-2011 B- 763/764).

Se entiende, entonces, que no advirtiéndose afectación constitucional relevante alguna a los derechos individuales de los ciudadanos protegidos por la Constitución Nacional y por nuestra Constitución Provincial, y no existiendo previsión legal expresa en contrario, dichas medidas probatorias forman parte del ámbito propio de las medidas investigativas que, como señala el art. 314 del CPP, son «[...] *impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento*».

En síntesis, puede afirmarse que, en el ámbito de nuestra Provincia, la solicitud de informes por parte del Ministerio Público Fiscal dirigida a compañías telefónicas para requerir el registro de llamadas entrantes y salientes, así como la geolocalización de una línea de teléfono móvil, no implica una injerencia arbitraria en la esfera de la privacidad de las personas que atente contra lo dispuesto por los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación, ni tampoco contra la Constitución de Mendoza. Ello, siempre y cuando lo sea en el marco de la investigación de un hecho delictivo, que existan motivos bastantes para vincular la línea telefónica sobre la que se requiere información con aquella investigación, y por un período de tiempo determinado, vinculado al hecho que se investiga; requisitos que taxativamente deben cumplirse, y que, además, deben estar consignados en la solicitud emitida al respecto. Por lo tanto, debe descartarse la validez de aquellas solicitudes realizadas por fuera de una causa judicial, o para requerir información para dar origen a un proceso judicial.

La solicitud a empresas de telefonía para que informen el listado de llamados correspondientes a un determinado abonado, o una línea en particular, así como el pedido de geolocalización de esta última, no es, ni puede ser asimilada con una

intervención telefónica. Con aquella solicitud no se «interviene» una línea en los términos del art. 229 del CPP, pues se trata de una prueba informativa que no vulnera garantía constitucional alguna, y en donde ninguna norma procesal impide su producción. Así se ha expedido un sector importante de la jurisprudencia al considerar que el listado de llamados es ajeno al dispositivo de telefonía celular (véase, en lo pertinente, fallo «Quinteros», de la Cámara Nacional de Casación Penal).

Sin perjuicio de ello, también debe señalarse que la conclusión arribada lo es en estricta relación y referencia con el estado actual de la tecnología. Pues, en su caso, si el avance en los instrumentos tecnológicos que aparecen involucrados en autos permiten, por su mayor precisión, una ampliación en la esfera de intrusión, logrando captar información que supere el estricto margen al que acabo de hacer referencia, ello no puede quedar marginado de una revisión sobre los parámetros a los que se arriba en el presente voto.

e.- Conclusión

En definitiva, y por las consideraciones expuestas, considero que le asiste razón al Ministerio Público Fiscal, por lo que debe responderse de manera afirmativa a la tercera cuestión planteada.

ASÍ VOTO

Sobre la misma cuestión, los **DRES. PEDRO JORGE LLORENTE Y DALMIRO GARAY CUELI** adhieren al voto que antecede.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO:

Habiéndose llevado a cabo la audiencia oral en la que se escuchó a las partes, corresponde expedirme sobre las cuestiones planteadas. Para ello, realizaré, en primer lugar, algunas consideraciones generales (infra 1); luego destacaré la importancia institucional de la cuestión traída para su resolución (infra 2) y realizaré un análisis crítico de la situación actual que atraviesa el sistema acusatorio en nuestra provincia y lo vincularé con la importancia que tiene la función jurisdiccional para dicho sistema en general y para la resolución de caso de autos en particular (infra 3). En este contexto, expresaré mi opinión sobre qué disposiciones legales resultan aplicables al caso, teniendo en cuenta la falta de legislación procesal específica en materia de acceso a la información

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

vinculada a las comunicaciones y a la información almacenada en los dispositivos digitales (infra 4). Además, haré alusión a la jurisprudencia nacional e internacional de derechos humanos que considero aplicable al caso para evitar la responsabilidad internacional del Estado (infra 4.1 y 4.2). En este marco, aplicaré los criterios expuestos al caso bajo estudio (Infra 5). Y por último, presentaré un resumen de las conclusiones alcanzadas (infra 6).

1. Consideraciones generales

En un sistema procesal penal en el que la función jurisdiccional se caracteriza por la homologación casi automática de la actuación del Ministerio Público Fiscal, no deja de tener cierta lógica que la resolución del Tribunal Penal Colegiado en estos autos, que anula la actuación fiscal por falta de fundamentación, genera en el sistema de justicia penal cierta incomodidad. Es que en el actual sistema procesal que rige en la provincia, la figura central del órgano acusador estatal no admite relativización y su actuación suele ser sistemáticamente confirmada por la justicia de garantías. Frente a esa ausencia de control jurisdiccional, sino en sentido formal, al menos en sentido material, la resolución de instancia anterior viene a poner en el centro de la escena la necesidad de determinar cuál es la función que mínimamente debe cumplir un juez o una jueza de garantías en un Estado democrático de Derecho. Como no puede ser de otra manera, esa función debe ser la de preservar las garantías constitucionales no sólo de la persona sometida a proceso sino de toda la población que puede ser víctima de un Estado que pretenda la vigilancia y control de la ciudadanía.

El juez que resolvió la instancia de apelación considera que si durante el transcurso de una investigación penal preparatoria la Fiscalía entiende que es necesario acceder a información vinculada a las comunicaciones telefónicas, a la información contenida en los teléfonos móviles secuestrados y otras actividades probatorias que supongan el registro de la intimidad de las personas, debe explicar las razones que justifiquen su decisión. Dicho de otro modo, lo que pretende el juez no es que la Fiscalía no lleve a cabo una medida que puede afectar el derecho a la intimidad de las personas, sino que el o la fiscal fundamente su petición y la someta al control del juez o jueza de garantías, que también debe autorizar la medida fundadamente. Lo que incomoda de la resolución impugnada es que se dice que tanto el o la fiscal como el juez o la jueza deben realizar bien su trabajo: la Fiscalía debe fundamentar su decisión y el Juzgado Penal

Colegiado debe controlar la razonabilidad de la medida. Se trata simplemente de que una resolución propia del sistema de justicia que, en la medida en que puede suponer una de las máximas injerencias en la intimidad de una persona, sea llevada a cabo de manera fundada. La resolución cuestionada no pretende más que eso, pero tampoco menos.

Sin embargo, las reacciones que generan estas desacostumbradas muestras de autonomía ponen en evidencia que el simple ejercicio de la tarea de control jurisdiccional altera la normalidad del sistema justicia penal. En efecto, el Ministerio Público Fiscal, que de algún modo se consideró no sólo procesalmente agraviado, sino también interpelado por el modo en el que ejerce su función investigadora, ha ejercido sus facultades de impugnación con todo éxito, puesto que se le ha hecho lugar a todas sus peticiones. En efecto, por un lado, logró alcanzar la admisibilidad formal del recurso casación cuando la resolución impugnada, como expuse al resolver el recurso de queja interpuesto por el Ministerio Público Fiscal, y como lo sostuvo la defensa pública en la audiencia oral, de ningún modo puede ser equiparada a sentencia definitiva. Por otro lado, el señor Procurador General y su equipo de fiscales hicieron diversas presentaciones que le permitieron lograr que la causa sea resuelta por el pleno de esta Suprema Corte de Justicia, que finalmente decidió por mayoría de cuatro votos a tres, anular la resolución del juez de apelación que obligaba a fiscales y jueces a fundamentar la realización de medidas probatorias que afectarían el derecho a la intimidad. Así, el Ministerio Público Fiscal ha logrado que nuestra jurisprudencia relativice su deber de fundamentar sus decisiones, a la vez que la jurisdicción ha visto flexibilizados sus deberes de control respecto a la actividad de las partes.

De esta manera, se consolida la centralidad del Ministerio Público Fiscal en un sistema procesal que se caracteriza por la desigualdad de armas. Esta consolidación ha llegado a tal extremo que el recurso de casación, en lugar de ser el recurso por excelencia del acusado –tal como lo pensó el más destacado procesalista argentino, Julio Maier, en su proyecto de sistema acusatorio–, se ha transformado –en los hechos– en un recurso en el que se le concede al Ministerio Público Fiscal –de manera casi exclusiva– lo poco que le niega el sistema acusatorio en las instancias anteriores.

Pues bien, no puedo compartir esta decisión de mis colegas que no viene sino a profundizar el desbalance de nuestro sistema procesal. Por ello voy a dejar sentada mi opinión en el sentido de sostener la resolución impugnada por el Ministerio Público

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Fiscal. Ello, en modo alguno supone negar la gravedad de los hechos que se investigan, sino todo lo contrario: cuanto más grave es el hecho que se investiga, se debe ser más respetuoso de las leyes procesales para no poner en peligro el éxito de la investigación. En otras palabras, cuando el caso es grave, hay que trabajar mejor, no peor.

2. La trascendencia institucional del caso

La resolución cuestionada tiene, en mi opinión, una particular relevancia en razón de que enciende una luz de alerta sobre un tema central para la vida en democracia: los límites que impone el derecho a la intimidad. En efecto, determinar en qué casos y bajo qué condiciones el Estado puede afectar el derecho a la intimidad de la ciudadanía constituye una cuestión central en la que se pone en juego el modelo de democracia sobre el que se asienta nuestro Estado de Derecho. Por ello, es determinante dilucidar el rol que debe cumplir el Poder Judicial en la preservación de un Estado de libertades. Dicho de otro modo, no se trata sólo de determinar el alcance de las garantías en el proceso penal, sino de fijar posición sobre qué tipo de protección deben ofrecer los y las jueces y juezas del Poder Judicial a la ciudadanía ante la posible afectación de su vida privada.

En mi opinión, establecer cuándo es legítimo obtener información vinculada a las comunicaciones que se encuentran almacenadas en los teléfonos móviles requiere de una justificación específica. Por un lado, es necesario analizar, desde el punto de vista del acusado, cuándo existen buenas razones para considerar legítima la obtención de este tipo de información en el marco de un proceso judicial. Una persona acusada está obligada a soportar la injerencia estatal en su intimidad sólo cuando se le han ofrecido buenas razones para ello. Esto ocurre cuando una persona se encuentra sometida a un proceso en el que existen importantes elementos de sospecha de su intervención en el hecho –de los que se deriva razonablemente una hipótesis delictiva que para ser explorada–, y la investigación requiere ineludiblemente de la búsqueda de pruebas en lugares que requieren la interferencia en el ámbito de su vida privada. Por otro lado, las razones que se expongan para justificar una injerencia en su intimidad también deben ser oponibles a la comunidad: a la ciudadanía se le deben ofrecer motivos bien fundados para que comprenda por qué este tipo de medidas son importantes y necesarias para la preservación del Estado de Derecho. Expresado drásticamente, es necesario alcanzar un estándar que no frustre el resultado de una investigación, pero que a la vez preserve la

garantía del derecho a la intimidad de tal modo que la información obtenida mediante el acceso a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas constituya un mecanismo que permita fortalecer –y no debilitar– las bases democráticas del Estado de Derecho.

Las consideraciones expuestas se apoyan en un modelo teórico en el que el Estado de libertades tiene la función de garantizar la autodeterminación del individuo. El Estado no debe garantizar la felicidad de los y las ciudadanas, pero sí asegurarles la posibilidad de desarrollar sus vidas *«libre de un temor paralizante y de una heteroadministración abrumadora»* (PAWLIK, Michael, Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 36/37). Sin embargo, para evitar un Estado absolutista que se inmiscuya arbitrariamente en la vida privada de las personas, es indispensable que estas últimas –a quienes se le garantiza un amplio espacio de autodeterminación– colaboren también en el mantenimiento del Estado de libertades. Ese deber de cooperación está vinculado fundamentalmente con el deber de respetar a los demás como personas, esto es, el deber de no arrogarse dominio sobre el espacio de libertad de otros. Por ello, cuando un ciudadano o una ciudadana comete un delito no sólo niega la personalidad de la víctima, sino que también infringe ese deber de cooperar con el mantenimiento del Estado de libertades. Por esta razón, la persona acusada está obligada a soportar el proceso y sus respectivas medidas de coerción y, si se demuestra su culpabilidad, también está obligada a soportar la pena: *«el ciudadano que reclama esa autodeterminación no solamente actúa en el rol de un particular interesado en una protección efectiva de su propia integridad frente a posibles daños y que es responsable frente al Derecho, sino también en el rol de un ciudadano del Estado que es responsable del Derecho»* (PAWLIK, Michael, obra citada, pp. 36/37).

Ahora bien, que la ciudadanía deba colaborar con el mantenimiento del Estado de libertades no significa que el Estado deba desentenderse de esta tarea. También un Estado democrático de Derecho, respetuoso de las libertades del individuo y garante de su espacio de autodeterminación, debe prever mecanismos institucionales para evitar convertirse en un Estado policial asfixiante. Por ello es fundamental que el Estado de libertades desarrolle instancias de autocontrol que garanticen la no afectación de las garantías y derechos fundamentales de la ciudadanía. En otras palabras, que una sociedad

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

democrática no pueda «*apostar exclusivamente por el poder de sanción de las instituciones, de entrada porque ello exigiría una intensidad de vigilancia que nadie puede querer en un Estado de libertades*», no quiere decir que el Estado deba poner sólo en manos de la ciudadanía el respeto de las garantías. También el mantenimiento del Estado de libertades es asunto del Estado (PAWLIK, Michael, obra citada, pp. 36/37).

Pues bien, para evitar que la afectación al derecho a la intimidad se transforme en una injerencia inadmisibles en la esfera íntima de las personas, el Estado de Derecho no sólo debe regular bajo qué condiciones esa afectación es posible, sino que además debe establecer de qué manera el Estado se garantiza a sí mismo el uso razonable, limitado y controlable de esa facultad. Por ello, no puede ser el propio órgano estatal encargado de dirigir la investigación quien ordene la medida y ser, a su vez, quien controle su legalidad.

Expresado de manera categórica, en un sistema acusatorio adversarial basado en la igualdad de armas, el o la fiscal que investiga no puede tener el monopolio exclusivo de decidir unilateralmente el acceso a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas o al contenido de los dispositivos móviles, sin un control del órgano jurisdiccional que justifique de manera fundada la necesidad de la medida y sus límites. La Fiscalía debe explicarle a la ciudadanía por qué necesita de una medida investigativa tan drástica; y el juez o jueza de garantías no puede ser un homologador automático de la petición, sino que debe ejercer responsable y fundamentadamente su tarea de control. No parece desmesurado exigir en un Estado de Derecho, que la afectación de garantías fundamentales para la ciudadanía se deba ordenar de manera fundada, ni que el control de la medida esté a cargo de un órgano distinto de quien la requiere. Suele decirse que la separación de funciones entre la fiscalía y el juzgado de control es una de las conquistas más importantes del sistema acusatorio. Pues bien, el acceso a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas y a la que se encuentra almacenada en nuestros dispositivos móviles no puede ser sino el ámbito más propicio para hacer efectiva esa separación de funciones, de modo que no quede reducida a una pura cuestión conceptual.

En definitiva, lo expuesto no es sino el reflejo de esa tradición republicana, liberal y democrática que aparece ya en la Constitución Nacional de 1853, que disponía que «*el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar*

y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación [...]» (conf. art. 18, CN). En el mismo sentido, la Constitución de la Provincia de Mendoza de 1916 señala que «[l]a correspondencia epistolar, telegráfica o por otro medio de comunicación análogo, es inviolable y no puede ser ocupada o intervenida sino por autoridad judicial competente y en los casos designados por las leyes [...]» (conf. art. 15, C.Mza.).

El alcance y la protección de estos derechos han sido posteriormente profundizado y desarrollado en instrumentos internacionales de Derechos humanos (PIDCP, art. 17 incs. 1 y 2; CADH, art. 11 inc. 2; DADDH arts. 5 y 9; DUDH art. 12 – todos ellos, tratados con jerarquía constitucional–). Sin embargo, aquí me interesa destacar su rol fundamental en la definición política de nuestra comunidad: de estas garantías surge el derecho a una «esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás» (conf. NINO, Carlos, Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2013, p. 333). Y este derecho es fundamental para la democracia, puesto que de él depende nada menos que el ejercicio de las demás libertades sobre las que se asienta el sistema político: no hay Estado de Derecho sin un ámbito de reserva en el que los individuos puedan desarrollar libremente su personalidad exentos de todo control estatal.

En esta línea de pensamiento liberal, democrático y republicano se enmarca la resolución impugnada en esta instancia por el Ministerio Público Fiscal. En mi opinión, contrariamente a lo expresado por el voto mayoritario de mis colegas, la resolución que esta sentencia nulifica en realidad contribuye a fortalecer el equilibrio de un sistema acusatorio cuya característica fundamental es el desequilibrio entre las partes. Paso a explicar esta afirmación en el punto siguiente.

3. La importancia del control jurisdiccional en un sistema acusatorio caracterizado por la desigualdad de armas

La necesidad de control jurisdiccional de la actividad probatoria del órgano acusador que puede llegar a afectar el derecho a la intimidad de las personas vinculadas a la investigación se hace todavía más evidente en casos en los que aquél acceda al contenido de las comunicaciones telefónicas y de lo almacenado en la telefonía celular. Y ello es así al menos por dos razones. Por un lado, porque en la actualidad probablemente se afecte más el derecho a la intimidad de una persona si se accede a toda

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

la información vinculada a sus comunicaciones, como también a su computadora o a su teléfono móvil que a su propio domicilio. En efecto, es tal la cantidad de información privada que se puede encontrar en un dispositivo electrónico que posiblemente el ámbito de privacidad se juega más allá que en el domicilio particular. Y, por otro lado, porque la centralidad que ocupa el Ministerio Público Fiscal en el proceso penal actual ha terminado por tergiversar el sistema autodenominado «adversarial» que ha degenerado en un proceso que, incluso en muchos ámbitos, aparece como más inquisitivo que el viejo sistema mixto que rigió en nuestra provincia hasta la derogación de la ley 1.908. Ello, necesariamente, obliga a los órganos jurisdiccionales a extremar las medidas de control para evitar que el sistema se transforme en un «fraude de etiquetas», en el que se consolida un modelo de investigación oficial nominalmente acusatorio pero materialmente inquisitivo. Dicho brevemente, el control de las garantías no puede quedar en manos del controlado, sino que esa función le corresponde a los jueces y juezas del Poder Judicial.

Se decía que el antiguo sistema mixto era fundamentalmente inquisitivo en la etapa de investigación, porque el juez de instrucción producía la prueba y él mismo la valoraba. La investigación era fundamentalmente policial y la tarea de aquel poderoso juzgado se limitaba a realizar una ratificación judicial del sumario de prevención que había sido elevado por la policía. El juicio, en cambio, con sus defectos de escrituración excesiva y con la particularidad de que era dirigido casi de modo inquisitivo por el tribunal, era fundamentalmente eso, un juicio y no una mera ratificación de la actuación policial. En esos juicios condenaba o absolvía el Tribunal, no la policía.

El actual sistema acusatorio se ha limitado a separar los roles de modo que queda claramente diferenciada la función del fiscal investigador de la del juzgado de control, que está obligado a asegurar la legalidad de la investigación y el respeto de las garantías constitucionales. Sin embargo, la relación de poder con la que el investigador oficial –ahora la fiscalía– ejerce su función no sólo no se ha modificado, sino que se ha profundizado. En efecto, si bien aquél Juzgado de Instrucción producía y valoraba la prueba, su titular era nada menos que un juez o una jueza, pero también nada más que un juez o una jueza.

En cambio, el actual investigador oficial no solo es un o una fiscal con similares facultades que las que tenía el juez o la jueza de instrucción, sino que detrás de

él existe toda una institución –el Ministerio Público Fiscal– que es muy poderosa presupuestaria y políticamente, y cuenta no sólo con el o la fiscal interviniente en la causa, sino con un Ayudante Fiscal, con un Jefe o Jefa de la Fiscalía, un Fiscal Adjunto y el señor Procurador General. Toda una estructura que cuenta además con un gigantesco cuerpo de peritos –peritos de parte, que actúan como peritos oficiales– en todo tipo de especialidades.

Este panorama transforma a esta institución en un verdadero aparato organizado de investigación penal que tiene en la Defensa Pública un voluntarioso oponente, con vocación de servicio, pero que llega al proceso penal desasistida presupuestaria, edilicia e institucionalmente; lo que la transforma en un rival claramente más débil que su potente adversario. Esta desigualdad entre Defensorías «pobres» y Fiscalías «ricas» resulta tan evidente que denominar «adversarial» a este sistema, sobre la base de una siempre pretendida y nunca conseguida «igualdad de armas», tiene cierta dosis de cinismo.

La conclusión alcanzada sobre el estado de la Defensa Pública en Mendoza es que su situación es tan desventajosa que el derecho de defensa en juicio se ha vuelto una cuestión elitista: sólo quien puede pagar costosas defensas privadas, peritos privados y financiar una investigación llevada a cabo por sus propios abogados y abogadas, podrá ser un adversario medianamente competitivo para un desmesurado Ministerio Público Fiscal.

Sin embargo, pese a estas diferencias notables entre los adversarios, cada monitoreo carcelario demuestra que nuestro sistema penal no ha logrado evitar su ineludible destino selectivo. En efecto, la realidad penitenciaria pone en evidencia que este enorme y costoso sistema no está al servicio de la persecución penal de grandes organizaciones criminales, sino que sólo encierra pobres, que además –en su gran mayoría– son condenados en acuerdos procesales sin juicio previo. A ello debe sumarse que ingresan al sistema penitenciario más personas privadas de libertad de las que se liberan, lo que pone al desnudo la inveracidad de la afirmación de que la puerta es giratoria.

En este esquema de centralidad exclusiva y excluyente del Ministerio Público Fiscal, lo que menos puede exigírsele cuando pretende acceder a información vinculada a comunicaciones telefónicas e inspeccionar un teléfono móvil es que

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

fundamente su petición. Y lo que menos puede exigírsele a un juez o jueza de garantías es que exija esa motivación y ofrezca a su vez buenas razones para resolver fundadamente sobre la procedencia o no de la medida y que señale, además, cuáles son los límites de la misma. En otras palabras, los y las juezas deben ser los custodios de las garantías que caracterizan a un Estado democrático de Derecho, y por eso nuestras normas le exigen que actúen como actuó el juez en el caso que hoy nos ocupa. Los tribunales superiores de provincia, en tanto tribunales constitucionales, también son garantes de la preservación de los derechos fundamentales de la ciudadanía. Por ello, entiendo que se debe confirmar la decisión recurrida en tanto respeta y hace respetar el cumplimiento de la Constitución Nacional, de la Constitución Provincial y de las leyes que en su consecuencia se dictan. Sin embargo, con la revocatoria de esta resolución el respaldo a la función jurisdiccional queda relativizado. Ya no sólo tenemos defensores públicos desasistidos, sino también jueces debilitados.

4. La falta de regulación legal y la necesidad de una interpretación extensiva en favor de la protección del derecho a la intimidad

En un Estado democrático que recoge los condicionamientos y debilidades antes señalados, no es posible aceptar que los límites que impone el derecho a la intimidad de una persona se vean quebrantados sino por una decisión jurisdiccional debidamente fundada que así lo autorice. Por esta razón, entiendo que la solución adoptada por el juez que resolvió el recurso de apelación debe ser sostenida.

En efecto, es cierto que tal exigencia no surge de la ley adjetiva, pues el requerimiento de autorización jurisdiccional para acceder a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas y a la que se encuentra almacenada en dispositivos electrónicos no se encuentra específicamente regulada. Sin embargo, del estudio del contexto normativo vigente en nuestra provincia, interpretado a la luz de las obligaciones emergentes del Derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia nacional e internacional pertinentes, surge que las exigencias normativas previstas en los arts. 217, 227 y 229 del CPP provincial deben hacerse extensivas a supuestos como el que nos ocupa en esta oportunidad. Es que, si es verdad que los riesgos de una mayor afectación del derecho a la intimidad se dan en mayor medida cuando se accede a la información vinculada a nuestras comunicaciones telefónicas y en la inspección de aparatos electrónicos que en un allanamiento de morada, lo que menos puede exigirse en

estos casos es el cumplimiento de las mismas reglas que garantizan la inviolabilidad del domicilio y de los papeles privados.

Pues bien, en las tres normas procesales invocadas –relacionadas, respectivamente, con el allanamiento de morada, la interceptación de la correspondencia e la intervención de comunicaciones– se requiere autorización judicial por decreto fundado para el proceder fiscal. Y más aún, en el art. 229 quater se exige que, de las ordenes que disponen intervenciones de las comunicaciones, el juez o jueza de garantías remita copia en sobre cerrado a esta Suprema Corte de Justicia de la Provincia, «[...]la que llevará de manera reservada el control formal de las intervenciones realizadas en cada proceso».

Como puede advertirse, nuestro Código Procesal Penal no ha regulado de forma específica el proceder respecto a las comunicaciones telefónicas y toda la información que se vincule a ellas, como tampoco el acceso a la información almacenada en los dispositivos electrónicos; salvo para los casos de intervenciones de las comunicaciones en tiempo real. Sin embargo, resulta coherente lo que se exige ante los otros supuestos de avances sobre el derecho a la intimidad de la persona sospechosa de la comisión de una conducta delictiva: esto es, la autorización judicial por decreto fundado.

En consecuencia, no encuentro razones para considerar que en casos de intromisión al derecho a la intimidad de características muy similares a aquéllos que cuentan con una regulación legal específica no sean merecedores de una misma protección, en tanto se impone el deber judicial de garantizar derechos fundamentales que son, además, objeto de un sólido amparo constitucional y convencional.

Así las cosas, la laguna normativa mal puede ser entendida como habilitante de un proceder fiscal sin control judicial. Reinterpretado a la luz del principio pro persona, resulta que debe demandarse para este supuesto específico los mismos recaudos que blindan el derecho a la intimidad en las otras circunstancias contempladas en la ley.

En suma, en los casos que nos ocupa debe llevarse a cabo una interpretación analógica a las exigencias de los arts. 217, 227 y 229 del CPP, de modo que resulta necesaria una resolución judicial fundada que haga lugar a la medida solicitada por el o la fiscal que lleva adelante la investigación penal preparatoria, quien también debe fundar su petición.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

4.1. Las limitaciones jurisprudenciales al accionar estatal en el ámbito del derecho a la intimidad

No existe duda alguna respecto a que las comunicaciones telefónicas –así como toda la información vinculada a ellas– integran el núcleo de intimidad de una persona, y que por ello son merecedoras de protección estatal frente a una posible intromisión.

Así lo han señalado los máximos tribunales con competencia en nuestro país: en el año 2009 tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) adoptaron decisiones trascendentales vinculadas con la tensión de derechos que se configura en supuestos como el que estamos analizando, y fijaron criterios que debemos atender en esta oportunidad. Ello sucedió en los antecedentes «Halabi» y «Escher Vs. Brasil», respectivamente.

El precedente «Halabi» de la CSJN, reiteradamente citado en este proceso, resulta de relevancia en tanto afirma que el derecho a la intimidad se encuentra protegido por los arts. 18 y 19 de la CN. En este caso, la Corte Suprema, en su voto mayoritario, afirmó que las comunicaciones referidas en la ley 25.873 y todo lo que las personas transmiten por esas vías de comunicación integran la esfera de intimidad personal, al tiempo que reconoce que las garantías que emanan del derecho a la intimidad actúan contra toda injerencia o intromisión arbitraria o abusiva de la vida privada de las personas afectadas. Así, a criterio del máximo Tribunal de la Nación, la información vinculada a las comunicaciones telefónicas se encuentra comprendida y resguardada dentro del ámbito del derecho a la intimidad que protegen los artículos 18 y 19 del CN (CSJN, sentencia del 24 de febrero de 2009, «Halabi», Fallos 332:111, considerando 14 del voto mayoritario de los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Raúl Zaffaroni).

También en esta oportunidad la Corte Federal dirimió la tensión de derechos suscitada entre los dos intereses en pugna, a saber: el derecho a la intimidad frente a la investigación estatal de delitos. Así, analizó la situación a la luz de los lineamientos establecidos en el precedente «Bulacio v. Argentina» de la Corte IDH en materia de límites al accionar del orden público. Entendió que sólo por ley se puede justificar la intromisión en la vida privada de la ciudadanía y siempre que exista un

interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. En este sentido, afirmó que «[...] *en este marco constitucional que debe comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requiere ser emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. Art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. Esta norma concuerda con el artículo 18 de la ley 19.798 que establece que “la correspondencia de telecomunicaciones es inviolable. Su interceptación sólo procederá a requerimiento de juez competente”*» (considerando 24 del voto mayoritario).

Además, al recordar su propia jurisprudencia sobre los requisitos para restringir válidamente la inviolabilidad de la correspondencia (Fallos 318:1894), mencionó que se requiere: i) que una ley determine los casos y los justificativos para poder tomar conocimiento de su contenido; ii) que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial e importante objetivo estatal –desvinculado de la supresión de inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión–; iii) que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto; y iv) que el medio no sea más extenso que lo indispensable para el pretendido logro.

Todo ello, a su vez, resulta coherente y complementario con los criterios fijados por la Corte IDH, que también se ha pronunciado respecto del alcance del derecho a la vida privada de las personas y su vinculación con la intervención o escucha de sus comunicaciones telefónicas precisamente en el mismo año en que lo hizo la Corte federal. En definitiva, desde hace más de una década la jurisprudencia nos ofrece soluciones para llenar el vacío normativo cuya determinación suscita el presente conflicto.

Pues bien, en el caso «Escher y otros Vs. Brasil» la Corte IDH abordó específicamente la responsabilidad internacional estatal por la interceptación, monitoreo y divulgación de conversaciones telefónicas y la posible afectación de los derechos a la honra y la intimidad, a la vida privada, dignidad y garantías judiciales y procesales.

En este precedente, la Corte IDH destacó que el art. 11 de la CADH – protectorio de la honra y de la dignidad de las personas– prohíbe toda injerencia arbitraria

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

y abusiva en la vida privada de las personas y que, si bien las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en la letra convencional, se trata de una forma de comunicación incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. En este sentido, la Corte IDH advierte al respecto que la norma convencional «[...]se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación» (cfr. Corte IDH, «Caso Escher y otros Vs. Brasil», de 6 de julio de 2009, párr. 114).

En función de ello, estableció que para que una autorización de injerencia al derecho en cuestión se adecue a la CADH, debe cumplir con los siguientes requisitos: i) estar prevista en la ley; ii) perseguir un fin legítimo, y iii) ser idónea, necesaria y proporcional. Concluyó de este modo que la falta de alguno de estos requisitos implica que la injerencia es contrataria a la CADH (cfr. Corte IDH, «Caso Escher y otros Vs. Brasil», de 6 de julio de 2009, párrs. 115, 118 y 129).

En lo que refiere específicamente a la previsión legal de la autorización de la injerencia en la vida privada por parte del Estado, el Tribunal Interamericano también fijó un estándar específico. Así, explicó que «[e]n cuanto a la interceptación telefónica, teniendo en cuenta que puede representar una seria interferencia en la vida privada, dicha medida debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos» (cfr. «Caso Escher y otros Vs. Brasil», párr. 131). A ello agregó que, incluso, en los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión de autorización sea dictada sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que se han ponderado todos los requisitos

legales y, en particular, las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión que se solicita (cfr. Corte IDH, «Caso Escher y otros Vs. Brasil», párr. 139).

Como se advierte, las conclusiones desarrolladas por el tribunal que actúa como último intérprete de la CADH –tratado vigente en nuestro país y con jerarquía constitucional–, resultan de absoluta relevancia y pertinencia en el caso de autos. El Tribunal Interamericano afirma que las conversaciones telefónicas se encuentran dentro del derecho a la vida privada y que su protección no se satisface con la mera protección del contenido de las comunicaciones únicamente, sino que alcanza a toda la información vinculada con el proceso de comunicación, que se encuentra dentro del ámbito de resguardo del derecho a la intimidad de las personas. Reconoce que los Estados pueden acceder a esta información, pero para que ello se adecue a la CADH, las autorizaciones para la injerencia en este ámbito deben satisfacer el estándar antes mencionado –esto es, estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales–. En este sentido, se requiere que detalle quiénes pueden solicitar las injerencias al ámbito de la vida privada y quiénes las deben autorizar, con el correspondiente análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Los citados precedentes no resultan intrascendentes a la hora de resolver la cuestión que nos ocupa. Al contrario.

Sobre el valor de estas apreciaciones convencionales, hay que decir que ya en los históricos antecedentes «Girolidi» y «Simón» –entre otros– la Corte Suprema de Justicia de la Nación advirtió respecto del valor que debe atribuirse en la administración nacional a la jurisprudencia interamericana dictada en casos contra otros Estados miembros de la CADH. Así, reconoció que deben servir como «[...] *guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*» (CSJN, «Girolidi, Horacio D. y otro», Fallos 318:514). De manera tal que la consideración de los estándares establecidos por vía jurisprudencial resulta insoslayable para la judicatura, en tanto garantes del control de constitucionalidad y de convencionalidad, por una parte. Por otra, esta intervención precisamente se configura como antesala necesaria para evitar, ante la falta de observancia de los mismos, un

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

supuesto de ilícito internacional que amerite la sanción del Estado argentino.

Lo señalado se agrega al deber que rige para esta Suprema Corte de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las libertades y garantías que emanan de la CADH (CADH, art. 2); cuya observancia es esencial en la búsqueda de asegurar el *effet utile* del Derecho internacional de los derechos humanos vigente en nuestra Nación.

Así las cosas, comparto el criterio de la resolución impugnada en el sentido de que los precedentes analizados ponen el debido énfasis en que la utilización de la información vinculada a las comunicaciones se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente. Por esta razón, en el contexto normativo provincial y el estado jurisprudencial de la cuestión, entiendo que el resguardo del derecho a la intimidad puesto en crisis debe llevarse a cabo de forma semejante a la protección que se asigna al allanamiento de las moradas, a las intervenciones de las comunicaciones y a la interceptación de correspondencia.

4.2. Algunos antecedentes relevantes en la jurisprudencia anglosajona

La solución que aquí se propone para la problemática planteada tiene importantes antecedentes en la jurisprudencia estadounidense. En efecto, al igual que los altos tribunales ya mencionados, también la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha ocupado de la cuestión. La jurisprudencia de esta Corte es indiscutible, en función del sólido emparentamiento liberal que comparten las constituciones estadounidense y argentina, y así lo ha considerado reiteradamente nuestra Corte Federal (conf. CSJN, Fallos 345:263, 344:1930, 344:1082, 344:378, 344:2344, 342:584, 329:1092, entre otros). Además, la trascendencia y relevancia pública a esta altura del análisis resulta ya indiscutible-. En la materia que nos ocupa, sus criterios se han forjado a través de un proceso evolutivo que data de 1967 –tiempos de la prestigiosa «Corte Warren», destacada por su agudeza en la interpretación de derechos civiles– y que ha continuado profundizándose con pronunciamientos contemporáneos a los ya expuestos.

Inicialmente, en el año 1967 la Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió en el precedente «Katz vs. United States» que la IV Enmienda de su Constitución protege a las personas y no a los lugares. Así, analizó si la persona podía reclamar una protección «justificable y razonable» sobre una «expectativa legítima de

privacidad». Este precedente amplió sustancialmente el concepto de privacidad e introdujo en la discusión la idea de «expectativa razonable de afectación de la privacidad», donde tomó en cuenta cuestiones que hacen a la vida de las personas. Concluyó que la vigilancia constante de las conversaciones telefónicas colisionaba con esta expectativa subjetiva de privacidad.

En el año 2014 el precedente «Riley vs. California» –citado específicamente por la defensa– realiza un avance de suma importancia hacia la construcción de lo que hoy configura el estado de la cuestión en la jurisprudencia en Estados Unidos en materia de acceso a la información que se encuentra en los teléfonos móviles de las personas. En este pronunciamiento, la Corte reconoció la existencia de la privacidad interrelacionada con la información guardada dentro de los celulares y exigió que para su apertura se requiera orden de registro judicial para la preservación de la IV Enmienda.

Finalmente, en el año 2017 se emitió otro precedente de relevancia, «Carpenter vs. United States». Aquí la cuestión se enfocó en la necesidad de autorización judicial para acceder a la ubicación de sitio de los celulares, tanto por la información que generan intencionalmente los usuarios como por la que se genera de forma automática. La Corte Suprema de Estados Unidos resolvió, por mayoría, la necesidad de autorización judicial para el requerimiento de esta información a las compañías de teléfono. El voto mayoritario, luego de hacer un recuento de la jurisprudencia sobre la «expectativa razonable de privacidad», abordó específicamente la necesidad de contar con autorización judicial para obtener la información de ubicación del sitio celular por el impacto que esta tecnología tiene en la actualidad en la privacidad. Explicó que este tipo de información hoy en día es detallada, enciclopédica, precisa y compilada sin esfuerzo. Negó que sea de aplicación la «doctrina de terceros», según la cual las personas voluntariamente exponían cierta información sobre la que no podía tener expectativa de privacidad, por la capacidad ilimitada para relevar y almacenar información confidencial que posee la tecnología celular actual. Agregó que la crónica de la presencia física de una persona compilada día a día, por varios años, implicaba consideraciones sobre la privacidad mayores a las expuestas en los fallos que habían desarrollado la «doctrina de terceros». Además, resaltó que la información sobre la ubicación que otorga el celular no es realmente compartida por los usuarios, sino que por su naturaleza ineludible y automática, la única forma de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

dejar de aportar dicha información es mediante la desconexión del aparato de la red. A ello se agregó que la utilización de teléfonos móviles en la actualidad es indispensable para la participación en la sociedad moderna. En consecuencia, no se podía afirmar que el usuario voluntariamente compartiera la información de su ubicación en todo momento. La mayoría entendió que este tipo de información genera una ventana a la vida íntima de las personas, debido a que no expone únicamente sus movimientos, sino también intereses personales, familiares, políticos, religiosos, sexuales, entre otros. Así, concluyó en la necesidad de contar con orden judicial –basada en una causa probable– para obtener este tipo de información a los efectos de no vulnerar la IV Enmienda.

5. Aplicación de los criterios expuestos al caso bajo estudio

Pues bien, aplicados los criterios doctrinarios y jurisprudenciales a las constancias de la causa, no queda ninguna duda que tanto las solicitudes del Ministerio Público Fiscal como las autorizaciones judiciales otorgadas por parte de la justicia de garantías carecieron absolutamente de fundamentación alguna.

En efecto, en fecha 26 de noviembre de 2020 se realizó la primera petición fiscal para que se autorizara judicialmente la extracción de datos registrados en los dispositivos telefónicos secuestrados. Allí, se solicitó específicamente la obtención del registro de llamadas entrantes y salientes de los celulares, la existencia de archivos de audios, video, imágenes, mensajes de texto y/o mensajes multimedia y cualquier otro dato allí almacenado. A tal fin, el Ministerio Público Fiscal requirió la utilización del Dispositivo Universal de Extracción de Datos Forenses (U.F.E.D.) de la División de Observaciones Tecnológicas de la Policía de Mendoza. El mismo día del pedio fiscal el Juzgado Penal Colegiado N° 2 autorizó la medida solicitada por considerarla «pertinente» y ordenó la extracción de los datos almacenados en los dispositivos secuestrados con el fin de obtener «1) registro de llamadas entrantes y salientes de los teléfonos celulares, 2) la existencia de archivos de audio, video, imágenes, mensajes de texto y/o mensajes multimedia, 3) y cualquier otro dato almacenado en los teléfonos secuestrados».

Con posterioridad, en fecha 3 de febrero de 2021, el Ministerio Público Fiscal presentó una nueva solicitud de extracción de datos, esta vez, mediante la utilización del sistema Ataque de Fuerza Bruta, Downgrade de Bootloader, Modificación de Bootloader y Jailbreak. Además, requirió autorización para cambiar las contraseñas de las cuentas de las SIM CARD a fin de poder acceder a los backups de DataBase de redes

sociales. Explicó que de la utilización del sistema UFED, anteriormente autorizada, no se había logrado extraer información de relevancia. Nuevamente peticionó que se extrajeran los registros de llamadas entrantes y salientes de los teléfonos celulares, la existencia de archivos de audio, video, imágenes, mensajes de texto y/o mensajes multimedia, y cualquier otro dato almacenado. El mismo día el Juzgado Penal Colegiado N° 1 hizo lugar a la medida en los mismos términos que fue solicitada.

De la lectura de las respectivas peticiones fiscales, así como de las correspondientes autorizaciones judiciales, surge que no contaron con la más mínima fundamentación que justificara ex ante la realización de la medida probatoria. En efecto, no se determinó el objeto de la medida –es decir, qué se pretendía encontrar–, ni tampoco la hipótesis delictiva que se investigaba y de la cual podía delinearse mínimamente qué se pretendía hallar con la medida.

Los recurrentes ante esta instancia refieren que la medida probatoria anulada se encontraba destinada a acreditar la materialidad del hecho, individualizar a los acusados y la configuración de una única banda que se encontraba cometiendo diversos hechos. Sin embargo, estas afirmaciones no se contrastan en forma alguna con las solicitudes fiscales remitidas en fecha 26 de noviembre de 2020 y 3 de febrero de 2021, ni las autorizaciones judiciales dictadas en consecuencia.

Dicho de otro modo, tanto las peticiones fiscales como las autorizaciones judiciales parecieron «salir a la caza» de cualquier elemento que pudiera hallarse, sin tener la más mínima información probatoria que indicara –al menos someramente– qué se pretendía encontrar. En otras palabras, queda claro que lo que se pretendía era un registro indeterminado de la intimidad de las personas vinculadas a los teléfonos secuestrados, sin que se hubiera ofrecido fundamentación alguna que justificara la petición fiscal y la respectiva autorización judicial.

Lo expuesto, como ya se dijo, no supone desconocer la gravedad de los hechos que se investigan y el dolor que han supuesto para las víctimas, muchas de ellas personas de edad avanzada. Sin embargo, son los casos en los que quienes tienen a cargo la investigación deben ser muy cuidadosos en el respeto de las formas procesales. No parece una exigencia desproporcionada que en un caso grave se explique la pertinencia de la medida que se solicita y que el juez o la jueza no se limite a decir que es pertinente, sino que explique las razones de su otorgamiento. Para decirlo en términos sencillos,

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

cuánto más grave sea el hecho mejor debe ser la actuación de nuestros magistrados. Lo que resulta inadmisibles es aceptar la validez probatoria de una medida que no ha sido resuelta ni controlada judicialmente con la fundamentación mínima que el caso requiere.

En definitiva, del estudio de toda la jurisprudencia invocada se puede concluir que no existen dudas respecto de que nos encontramos frente a un supuesto de afectación al derecho a la intimidad de una persona investigada que merece límites que deben ser garantizados a través del accionar judicial. Y ello es así más allá del déficit que aqueja nuestro ordenamiento normativo provincial.

Por esta razón, cuando se considere que la información que puede hallarse en el interior de aparatos electrónicos pueda ser útil para la averiguación de la verdad en el marco de las investigaciones penales, corresponde que se requiera la pertinente autorización jurisdiccional en los términos previstos para allanamientos, interceptación de correspondencia e intervención de comunicaciones (arts. 217, 227 y 229 CPP). Dicho brevemente: se requiere autorización jurisdiccional fundada para avanzar sobre el derecho a la intimidad de la persona investigada, tal como resulta en medidas como la analizada en este caso. La determinación jurisprudencial de estos presupuestos no sólo forma parte de la responsabilidad del Poder Judicial en tanto garante de la Constitución nacional y provincial, sino también de nuestro deber de no generar responsabilidad internacional por incumplir con la prohibición de injerencia arbitraria y abusiva en la vida de las personas.

Además, resulta relevante que, para que estas injerencias en la intimidad no resulten arbitrarias, el juez o la jueza que la autorice analice y justifique la idoneidad del pedido, su pertinencia y proporcionalidad, como ha establecido la Corte de IDH. Caso contrario, las injerencias resultarían contrarias a la CADH y configurarían un ilícito internacional susceptible de generar responsabilidad estatal. Lo expuesto pone en evidencia la trascendencia de la función jurisdiccional en la determinación de los límites al poder punitivo en un Estado democrático de Derecho.

6. Conclusiones

1. Un Estado democrático de Derecho tiene la función de garantizar la autodeterminación del individuo. Ello significa que el Estado debe asegurarle a las personas la posibilidad de desarrollar sus vidas «libre de un temor paralizante y de una

heteroadministración abrumadora». Por ello, establecer en qué casos y bajo qué condiciones el Estado puede afectar el derecho a la intimidad de la ciudadanía constituye una cuestión central en la que se pone en juego el modelo de democracia sobre el que se asienta nuestro Estado de libertades. El papel del Poder Judicial en la determinación de los límites de esa afectación resulta decisivo para nuestra democracia.

2. La injerencia estatal en la intimidad de las personas requiere de buenas razones que la justifiquen tanto respecto a la persona acusada en un proceso judicial como respecto a la comunidad que también se ve afectada por la medida. Por ello, resulta necesario alcanzar un estándar que no frustre el resultado de una investigación, pero que a la vez preserve la garantía del derecho a la intimidad de las personas. Se trata de encontrar un mecanismo que permita fortalecer –y no debilitar– las bases democráticas del Estado de Derecho.

3. El Ministerio Público Fiscal no puede decidir unilateralmente el acceso a la información vinculada a las comunicaciones telefónicas y al contenido de los dispositivos electrónicos, sin un control del órgano jurisdiccional que justifique de manera fundada la necesidad de la medida y sus límites. La resolución impugnada precisamente exige que tanto la petición fiscal como la autorización judicial estén debidamente fundamentadas. Ese estándar mínimo no admite relativización si lo que se pretende es la preservación del Estado de libertades.

4. El actual proceso penal ha sufrido una tergiversación que ha transformado el sistema en un «fraude de etiquetas», pues se trata de un modelo de investigación oficial que nominalmente es acusatorio pero materialmente inquisitivo. Hablar de sistema adversarial con base en la igualdad de armas cuando los adversarios llegan al proceso de un modo crasamente desigual, con una Defensa Pública desasistida presupuestaria, edilicia e institucionalmente, tiene cierta dosis de cinismo. El Poder Judicial no puede mantenerse al margen de esta realidad. Si se pretende rescatar al menos los escombros de un sistema adversarial, la función jurisdiccional debe tener una importancia decisiva: el control de las garantías no puede quedar en manos del controlado, sino que esa función le corresponde a los jueces y juezas del Poder Judicial.

5. La necesidad de control jurisdiccional de la actividad probatoria del órgano acusador que puede llegar a afectar el derecho a la intimidad de las personas vinculadas a la investigación se hace todavía más evidente en casos en los que aquél

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

acceda a información vinculada a comunicaciones telefónicas o al contenido de lo almacenado en la telefonía celular. En la actualidad probablemente se afecte más el derecho a la intimidad de una persona si se accede a toda la información vinculada a sus comunicaciones, como también a su computadora o a su teléfono móvil, que a su propio domicilio. Es tal la cantidad de información privada que se puede encontrar en un dispositivo electrónico que posiblemente el ámbito de privacidad se juega más allí que en el domicilio particular. El estado debe ser muy cuidadoso en estos casos. Por eso, la resolución fundada de un juez o una jueza resulta determinante para la realización controlada de la medida.

6. No existe disposición legal que regule el procedimiento para la obtención de información vinculada a comunicaciones telefónicas o almacenada en aparatos electrónicos. Por ello, teniendo en cuenta lo señalado en el punto anterior, en el sentido que la intimidad se ve más afectada en estos casos que en un allanamiento de morada, por lo menos deben regir las disposiciones procesales que regulan este último supuesto, las que regulan la interceptación de la correspondencia o la intervención de las comunicaciones. Esta interpretación analógica, que extiende el ámbito de aplicación de la garantía de la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, requiere de un decreto fundado del juez interviniente para la realización de la medida (arts. 217, 227 y 229 del CPP).

7. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del mismo modo que buena parte de la jurisprudencia norteamericana, se encuentra en sintonía con lo que aquí ha sido expuesto. A ello, debe sumarse la jurisprudencia de la Corte IDH que resuelve en el mismo sentido y, además, advierte de la posible responsabilidad estatal internacional ante su inobservancia.

8. Las peticiones fiscales y las respectivas autorizaciones jurisdiccionales que fueron anuladas en la instancia de apelación no contaron con la más mínima fundamentación que justificara ex ante la realización de la medida probatoria. En efecto, no se determinó el objeto de la medida –es decir, qué se pretendía encontrar–, ni tampoco la hipótesis delictiva que se investigaba y de la cual podía delimitarse mínimamente qué se pretendía hallar con la medida. En realidad, se «salió a la caza» de cualquier elemento que pudiera hallarse, sin tener la más mínima información probatoria que indicara –al menos someramente– qué se pretendía encontrar. Queda claro que lo que se pretendía

entonces era un registro indeterminado de la intimidad de las personas vinculadas a los teléfonos secuestrados, sin que se hubiera ofrecido fundamentación alguna que justificara la petición fiscal y la respectiva autorización judicial.

9. No se puede desconocer la gravedad de los hechos y cómo la nulidad de los actos procesales a los que les falta la debida fundamentación requerida por la ley puede repercutir en el resultado de la persecución penal de estos hechos. Por eso es importante destacar que cuanto más grave es el hecho que se investiga, más respetuoso se debe ser de las leyes procesales para no poner en peligro el éxito de la investigación. En otras palabras, cuando el caso es grave, hay que trabajar mejor, no peor. La resolución impugnada no ha hecho más que subrayar esta necesidad.

En función de las razones expuestas, considero que se debe responder de manera negativa la cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma cuestión, el **DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ** adhiere al voto que antecede.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ VIRGILIO VALERIO, POR SU VOTO, DIJO:

En cuanto tiene que ver con el recurso de casación articulado por el Ministerio Público Fiscal contra la decisión del Tribunal Penal Colegiado n° 2 considero que el mismo debe prosperar. Ello, por los motivos que a continuación se exponen.

I.- CUESTIÓN PRELIMINAR.

a.- Acerca de las referencias al expediente escrito.

Debe señalarse que, conforme se desprende de la compulsas de la resolución cuestionada en esta instancia por el Ministerio Público Fiscal, así como también, de las audiencias realizadas en el marco de las presentes actuaciones –audiencia de apelación y audiencia de informe oral del recurso de casación articulado-, tanto las partes –acusación y defensas- como el propio juez de la instancia previa, hicieron referencia en sus respectivas argumentaciones a diversas fojas del expediente principal. Entiendo que, del modo en que se explicará en lo sucesivo, ello resulta incompatible con el modelo de enjuiciamiento penal adoptado en el ámbito de la provincia de Mendoza.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Muy especialmente, luego de la reforma introducida al ordenamiento procesal a partir del sistema de la Ley n° 9.040.

En efecto, esa normativa consolida un proceso de reformas procesales que ha evolucionado desde el año 1999, con la sanción del nuevo Código Procesal Penal mediante la ley 6.730 y las sucesivas leyes 7.692, 8.869, 8.896, 8.929, 9.040 y 9.106 – entre las más relevantes– hacia un sistema de tipo acusatorio–adversarial, mediante una firme y vigente política procesal judicial.

Al respecto, he sostenido en oportunidades anteriores que, con el dictado de la ley 8.869- y, posteriormente, de la ley 8.896, se profundizaron las notas que caracterizan nuestro modelo de enjuiciamiento penal como de corte acusatorio-adversarial, privilegiándose -entre otros aspectos- el sistema de audiencias orales.

Ejemplos varios de esa situación los encontramos en el procedimiento por el que transita el pedido del Fiscal de prisión preventiva, en cuyo caso, el Fiscal formula su presentación por vía electrónica, el secretario o la OGAP fija «[...]inmediatamente una audiencia oral, pública e indelegable, con soporte de audio», la que deberá tramitarse con la presencia del Juez, el Fiscal, el Imputado y su Defensor, bajo pena de nulidad y se deberá asegurar la plena vigencia de los principios de inmediación, contradicción, publicidad, celeridad mediante la concentración y desformalización», y, finalmente, oídos los respectivos argumentos de las partes, el juez debe resolver en forma inmediata y oral, escrituralizándose la parte esencial del auto de prisión preventiva. Trámite que debe replicarse, por expresa disposición legal, y bajo pena de nulidad, «*en los casos de control jurisdiccional (art. 345), apelación, y cese o prórroga de la prisión preventiva (art. 295)*» (art. 294 del CPP, reformado por la ley 8.869).

Las mismas notas acusatorias-adversariales se observan en la regulación procesal para la tramitación y resolución de los criterios de oportunidad, oposición, prórroga de la investigación, juicio abreviado, cuestiones incidentales y cualquier otro trámite que no tenga previsto un procedimiento especial, en cuyo caso, los mismos serán resueltos por el Juez «[...] *en una audiencia oral y continua, donde no se permiten la lectura de memoriales y luego de oídas las partes e interesados, decidirá la cuestión en forma inmediata y en forma oral, de conformidad con el artículo 155*» (art. 362 CPP, reformado por la ley 8.896). Por este modelo regulado de trámite de audiencia oral debe regirse la audiencia el juez de primera instancia en el presente caso.

Asimismo, sobre la fundamentación de los actos y resoluciones jurisdiccionales en general, el art. 155 del CPP (reformado por la ley 8.896), establece que *«en las resoluciones adoptadas durante las audiencias orales los fundamentos constarán en el registro de audio, incorporándose a las actuaciones y, en su caso, al protocolo, salvo disposición expresa en contrario»*(ver, al respecto y en lo pertinente, el voto de quien suscribe en los precedentes «Mercado Carrizo», «D’Ascanio», «Colaoiacovo», «Prieto Franco», «Lima», «Oropel», «Orihuela Soto»).

Posteriormente la ley 8.934 modificó las reglas de la apelación y dispuso en el art. 472 que *«[e]l Tribunal declarará abierta la audiencia para que las partes e interesados informen oralmente, en cuya oportunidad no se admitirá la incorporación de memoriales o escritos. La audiencia se desarrollará en lo que fuere compatible por el procedimiento del Artículo 362»*.

La política judicial procesal orientada a separar definitivamente la función administrativa a cargo de la Oficina de Gestión Administrativa Penal (OGAP) de la jurisdiccional de los jueces agrupados en Tribunales Penales Colegiados y Juzgados Penales Colegiados, quienes deben ejercer la función jurisdiccional exclusivamente, se profundizó con la sanción y entrada en vigencia de la Ley n° 9.040. En ese sentido, a fin de evitar la delegación de sus funciones y que asuman las administrativas, entre diversas normas, se establece que *«los jueces no dictarán instrucciones de carácter administrativo, ya sean generales ni particulares, no delegarán tareas jurisdiccionales en los integrantes de la OGAP, ni modificarán los procedimientos administrativos dictados por esta última»* (art. 11 de la ley mencionada). Además, se dispone la reforma de normas procesales como las que regulan la audiencia preliminar donde: los planteos de solución del conflicto, acuerdo reparatorio o reparación integral, suspensión de juicio a prueba y juicio abreviado *«se tramitará inmediatamente la petición y se resolverá fundada y oralmente en el mismo acto»* (art. 364 CPP); o las nulidades y excepciones *«las que serán tramitadas oralmente en el mismo acto, y resueltas de manera inmediata por el Juez quien proporcionará sus fundamentos en forma oral»* (art. 366 CPP). En el procedimiento correccional, en la audiencia de debate, luego de cerrado el debate el juez *«podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate quedando registrada su decisión y los fundamentos en el soporte digital del audio o video registración»* (art. 417 quinques CPP). Por su parte, en el procedimiento de flagrancia, respecto de la audiencia

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de finalización la norma reformada establece que «el Ministerio Público Fiscal formulará la acusación oralmente pero luego de cerrado el debate el juez podrá dictar sentencia inmediatamente después de cerrado el debate, quedando registrado sus fundamentos en el soporte digital del audio o video registración; o en caso de complejidad proceder de acuerdo al juicio común» (art. 439 quáter del CPP). Finalmente, y como pauta general de interpretación en el art. 85 de esta ley, se dispuso que «[t]odas las normas del Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, deberán ser interpretadas en beneficio de lo dispuesto por la presente ley, asegurando la metodología de la audiencia oral, la registración en soporte digital, las notificaciones electrónicas, en lugar del procedimiento escrito y los expedientes».

De este modo, la sucesiva evolución normativa permite observar un tránsito en el sistema acusatorio en tres etapas sucesivas: una primera generación, a partir de la ley 6.730, en que el carácter acusatorio del procedimiento penal es de tipo formal; una segunda generación, a partir de la ley 8.969 y sucesivas, donde se acentúa con la oralidad el carácter acusatorio-oral del proceso; y, una tercera generación, a partir de la ley 9.106, donde se define el sistema de enjuiciamiento penal vigente con las notas de un sistema acusatorio de corte adversarial (ver, en lo pertinente, el voto de quien suscribe en los precedentes «Mercado Carrizo», «Colaiacovo», «Alaníz Rojas»).

He expresado, junto con la mayoría de los integrantes de este Cuerpo, que «[...] la interpretación normativa que toma a la Constitución como cumbre y sostén del ordenamiento jurídico, «constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles... “sistema” equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas» y que «[...] las normas que lo componen están en relación de coherencia entre sí» (BOBBIO, Norberto Teoría general del derecho, Ed. Temis, Colombia, pp183 y 175) (ver voto de la mayoría en el Fallo Plenario “Carpintero”).

Allí se explicó que el art. 1 de la C.N. establece el principio normativo constitucional, que se corresponde con el principio normativo convencional (art. 31 y 32 de la Convención de Viena) y con el principio normativo legal (art. 9 de la C.N. y art 34 de la C. de M.). En consecuencia, nuestro sistema jurídico es normativo, porque está constituido por reglas escritas a través de las cuales debemos comprender su sentido y se deben configurar sus teorías (“Carpintero”).

También que «[...], nuestro sistema jurídico constituye un **ordenamiento jurídico** al establecer en primer lugar la **unidad** que nace de la supremacía de la Constitución (arts. 31, 75 inc. 22, 27 y 28, C.N.)» (“Carpintero”). Como expresamente lo dispone el art. 148 de la C. de M. «Con lo cual se consagra sin lugar a duda la **supremacía de la Constitución**, que está sobre todos y descarta absolutamente de nuestro derecho la supremacía legislativa (soberanía parlamentaria), la supremacía del ejecutivo (autocracia), la supremacía judicial (de los jueces) o la supremacía del pueblo sin reglas (que no se trata de la soberanía popular sometida en su ejercicio a las reglas establecidas). En segundo lugar, impone la **coherencia**, con el principio de inalterabilidad (art. 28, C.N.) y la cláusula argentina de conformidad de conformidad de ellos tratados al derecho público establecido (art. 27, C.N.). Finalmente, la **plenitud**, constituyendo un sistema jurídico dinámico (art. 14, 14 bis, 27, 28 33, C.N.) y en el art. 149 de la Constitución de Mendoza [...]. En consecuencia, en nuestro ordenamiento normativo, jurídico, jurídicamente **solo es posible y conveniente una interpretación normativa siguiendo el proceso interpretativo constitucionalmente establecido** [...]» (“Carpintero”).

Así, la obligación de cumplir con el ordenamiento normativo, nace del vínculo jurídico de cada representante con la función que materializa e impone la Constitución Nacional y Provincial (“Carpintero”).

Estas buenas razones expuestas, exigen que las normas procesales vigentes desde la ley 6.730 de 1.999 y las sucesivas modificaciones, que responden a tres generaciones dentro del modelo de enjuiciamiento acusatorio (formal, oral y adversarial), requieran necesariamente de interpretación. Es decir que, estamos frente a una **situación de interpretación**, porque resulta evidente que existen dudas sobre la inteligencia de estas. La interpretación debe ser operativa, no en forma fragmentada, como si fueran compartimentos estancos, ni fragmentaria, separando lo que no está dividido, método propio de la vieja escuela de la exégesis. Sino dentro del ordenamiento jurídico como un sistema jurídico, con unidad, coherencia y plenitud, y para ello, hay que tener en cuenta el contexto lingüístico, el contexto sistemático y contexto funcional (“Carpintero”).

Esta pauta del contexto funcional nace la Convención de Viena, está referido a los actos posteriores que permiten establecer la intención -en este caso- del legislador, permiten comprender que, con la sanción de las sucesivas leyes, se estableció una política (“Carpintero”) que, en nuestro caso, es una política procesal, gradual y

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

progresiva hacia un sistema acusatorio adversarial, sancionando inicialmente el modelo de enjuiciamiento acusatorio formal -con ciertos resabios del sistema inquisitivo atenuado-, luego acusatorio oral -suprimiendo los resabios inquisitivos y con notas adversariales- y finalmente acusatorio adversarial. Política procesal que, se podrá compartir o no, pero es la vigente. En consecuencia, es evidente que la política procesal penal judicial en la Provincia tiene su correlato en las sucesivas leyes, que prevista en forma gradual y progresiva, privilegia la metodología de la audiencia oral en la tramitación y resolución de los procesos, y no el procedimiento escrito y los expedientes (sea papel o digital), que requiere imprescindiblemente de la aplicación de la técnica conocida como la Teoría del Caso, la que exige una Teoría del Hecho, una Teoría de la Prueba y, finalmente, una Teoría Jurídica, cada una de las cuáles se canaliza mediante una determinada y pertinente técnica de litigación oral. Ello determina que las partes apliquen la Teoría del Caso, con las características que asuma según el tipo y el objeto de la audiencia que se trate, y que lo propio hagan los jueces al momento de emitir sus decisiones en el marco de los procesos judiciales en los que intervengan.

De acuerdo con ello, la metodología de audiencias orales se traduce en importantes modificaciones en la dinámica del proceso.

La metodología de audiencias orales exige que en todas las oportunidades la exposición, el debate, la litigación, la posibilidad de arribar a acuerdos (suspensión de juicio a prueba, juicio abreviado, estipulaciones probatorias, etc), como para la decisión, actúen en forma personal los jueces, como los fiscales y defensores, lo que **impide la delegación del trabajo** en funcionarios y empleados (propia del método de expedientes) -que **no debe ser confundida con la delegación de la acción pública o la función** de fiscales y/o defensores prevista en la ley como se da en el caso de los ayudantes fiscales y codefensores- y requiere por cada parte no sólo el conocimiento de cuáles son los elementos de prueba (que constan en el legajo o en su caso en el expediente fiscal) sino que necesariamente debe comprenderlos para poder elaborar la Teoría del Caso, la que debe describir durante la audiencia. A su vez, la contraparte debe exponer su Teoría o contradecir la expuesta. Para ello, deben hacerlo con tal claridad que el juez pueda entender con los elementos que se le brindan en la audiencia y pueda tomar la decisión inmediatamente; salvo cuando el caso es complejo (por la cantidad de causas y/o imputados/enjuiciados) o sea un caso difícil, y excepcionalmente requiera suspender o

más tiempo para comprobar en los elementos que seleccionaron por las partes, acompañados al LeD y utilizados como evidencia de su Teoría o crítica a la de la contraparte. Pero, en estos casos, el juez no debe recurrir al expediente (papel o digital), porque en él no sólo se encuentran las evidencias utilizadas por las partes, sino otras no contempladas total o parcialmente, ni utilizadas, ni litigadas.

Cuando las partes pretenden que el juez recurra y/o lea el expediente (papel o digital), investigue y busque en él los elementos para tomar la decisión, es porque ellas no han preparado debidamente o comprendido el caso, **trasladando su responsabilidad al decisor** y se sienten liberados por la decisión a la que en definitiva arribe. Es por eso que en el sistema acusatorio adversarial, las partes deben ser *celosos custodios* que las pruebas se obtengan según las garantías constitucionales y que, además, no se introduzcan evidencias probatorias que –aún constanding en el expediente (papel o digital)-, no han sido litigadas en la audiencia por las partes y, por ello, no pueden ser tenidas en cuenta por el juez.

Cabe señalar que un sistema de enjuiciamiento penal orientado al modelo acusatorio-adversarial, impacta necesariamente en el rol que le corresponde seguir al juez en las causas donde ejerce su jurisdicción, quien interviene como un tercero que es independiente, imparcial e imparcial (v., en lo pertinente, fallos de la Sala Segunda de esta Suprema Corte de Justicia «Mopardo Dupox», «Flores González», «Orihuela Soto», «Ferreya Ordoñez», «Riquelme Valdez», entre otros; además, votos de quien suscribe en los precedentes «Lima», «Oropel», «Tizza» y «Blas»). En particular, me interesa destacar lo dicho en «Mopardo Dupox» acerca de que *«[e]l elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal. La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar direcciona el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría -indefectiblemente- en el favorecimiento de una de las partes del proceso».*

Para expresarlo de otra manera, tanto el acusador, como la defensa, deben

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

seleccionar el material probatorio del que se van a servir para sustentar, según la etapa procesal transitada y su particular teoría del caso en la audiencia oral respectiva. Y ello debe tener correlato en la decisión del juez por aplicación del principio de congruencia, que no debe ser con el expediente (papel o digital) sino con la actuación de las partes durante la audiencia oral. Por tanto, al resolver el caso sometido a su conocimiento, su decisión deberá estar de acuerdo y ser la consecuencia resolutoria de los planteos y elementos aportados por las partes, los que deben ser referenciados según el tipo de actuación que se trate, y no por su foliatura en un expediente escrito o su ubicación en el sistema de registración digital (LeD).

Por su parte, la metodología de enjuiciamiento por tramitación de expediente (papel o digital), está fundada en la alta delegación de las actividades en funcionarios y empleados. Ello, no obstante que los principales actos procesales (decretos, autos y sentencias) los firma el juez o el fiscal. Con lo cual, se burocratiza el desarrollo particular de cada proceso judicial penal en particular, y, por extensión necesaria, toda la administración de justicia, con un significativo costo económico (en funcionarios y empleados; equipamiento tecnológico y mobiliario para cada uno de ellos; espacio físico, para que puedan desarrollar sus actividades; etc.). Además del incremento notable de tiempo a fin de poder llegar a resolver las cuestiones planteadas o la decisión que pone fin al proceso.

De acuerdo con lo expresado, advierto que esa metodología por expediente acuña viejas prácticas, de referencias y citas a actuaciones por su foliatura de expediente (papel o digital), consecuencia directa de la delegación en los subordinados (funcionarios o empleados) y/o el traslado de la propia responsabilidad del decisor, que constituyen una cultura arraigada de los sistemas inquisitivos atenuados, mixtos y acusatorio formal, pero que es incompatible con la metodología de audiencia oral, donde cada uno debe cumplir con su función y debe responder por ello. Pero cuando el juez trabaja con el método de expediente personalmente, por muy buena predisposición que tenga, no sólo deja de lado la imparcialidad sino que su actuación atenta contra la celeridad y eficiencia del servicio de justicia.

La implementación práctica de esta política procesal penal, además de las normas adjetivas a las que breve y ejemplificativamente se hiciera referencia en forma precedente, ha sido acompañada desde el inicio por esta Suprema Corte de Justicia que,

en función administrativa, dictó diversas acordadas. Entre ellas, cabe destacar la Acordada n° 28.923, dictada en fecha 28 de agosto de 2018, que amplió la regulación del trámite de la audiencia de acusación (art. 417 *quater* ss y cc del CPP), que dispuso «[...] *prohibir la recepción de expedientes o solicitar su remisión, imponiendo la carga a quien represente al MPF a llevar las actuaciones a la audiencia oral*» (punto I b). Como también, la Acordada n° 28.927, de fecha 5 de septiembre de 2018, que prohibió transformar en procedimiento escrito una audiencia oral fijada por la OGAP. Así, en sus considerandos expuso que «[...] *a la fecha se ha cumplido la primer etapa de implementación de la reforma procesal penal, encontrándose en funcionamiento en todo el territorio provincial los Juzgados Penales Colegiados y los Tribunales Penales Colegiados, y obedeciendo a los principios introducidos por la Ley 9040, esto es celeridad, desformalización, registración en soporte digital –entre otros-, es que en procura de lograr una mayor eficacia en la tramitación de las causas penales, se advierte la necesidad de continuar con la segunda etapa de la implementación de la reforma, la que dio inicio con el dictado de la Acordada N° 28.888 y prosiguió con las Acordadas N° 28.921 y 28.923, con las que se busca afianzar el tránsito hacia un proceso acusatorio de corte adversarial, y profundizar la implementación de un modelo de justicia que deja de lado el trámite escrito de la petición para pasar a ser una administración de justicia basada en el litigio en audiencia oral en contradicción [...]*»;

A su vez, durante la pandemia debe señalarse, en primer lugar, que la Resolución de implementación n° 54, del 11 de mayo de 2020, dispuso la recepción únicamente de escritos y todo tipo de documentación vía digital, aclarándose que «*[e]n caso de ser necesario, en toda causa en trámite y con audiencia fijada, dispóngase el escaneo únicamente de las evidencias esenciales para la misma [...]*», disponiéndose, en consecuencia, que «*[...] el Administrador de la OGAP podrá ordenar el escaneo y remisión de la prueba ofrecida y aceptada que consta en expedientes papel, cuando se fije fecha de debate en los casos que ya se encuentran radicados*».

En segundo lugar, mediante la Resolución de implementación n° 55 del 18 de agosto de 2020, por la que se puso en funcionamiento el sistema de Legajo Digital (LeD), se dispuso que «*[...] los Juzgados y Tribunales Penales Colegiados de la Primera Circunscripción Judicial tramitarán los pedidos de audiencias y/o casos que ingresen a través de la creación de legajos digitales mediante el sistema LeD, manteniendo la*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

prohibición a todas las OGAP de recibir y tramitar casos o causas en formato papel, tales como expedientes o compulsas».

Posteriormente, con la Acordada n° 29.954, dictada en fecha 10 de marzo de 2021, se diseñó un procedimiento de sobreseimiento a través de una solicitud por un formulario estandarizado, luego de los procedimientos digitales que avanzaron con posterioridad a la pandemia. En aquella acordada se argumentó que «[...] *la gestión de casos no requiere de la presencialidad física en todo acto, y menos aún del expediente en soporte papel, sino que con la adopción de medios telemáticos, en el caso del fuero penal, se puede continuar mejorando la celeridad procesal lograda por la ley 9040 y seguir el camino de la desburocratización, despapelización y simplificación de procedimientos*» y, a su vez, que el procedimiento diseñado «[...] *requiere el uso de un formulario digital y la remisión electrónica de determinadas actuaciones, lo que evita el traslado de causas incluso en formato digital, respetando las bases de un sistema acusatorio adversarial en el que el juez debe resolver conforme a lo peticionado y aportado por las partes*».

En esta línea, la Acordada n° 30.171 del 4 de agosto de 2021 dispuso la fecha a partir de la cual todas las causas tramitarían exclusivamente en formato digital, y en el caso del fuero penal a través del sistema LeD instaurado en forma piloto por la resolución de implementación N° 55 previamente citada.

En síntesis, podemos concluir que la política procesal penal sancionada e implementada, determinó un cambio gradual, progresivo y continuo del vigente sistema de investigación y juzgamiento inquisitivo atenuado o mixto, orientándose desde el inicio -con la ley 6.730 en 1.999- al sistema acusatorio adversarial. Y, luego, a partir de la segunda generación de tipo oral, buscó que se optimizaran los tiempos (siguiendo el principio de celeridad e inmediatez) a un menor costo con reingeniería de procesos y recursos, con la incorporación de tecnología para la video registración, con el desarrollo posterior del sistema LeD (Legajo Digital), permitiendo a la OGAP (Oficina de Gestión de Audiencias Penales), como a las partes y jueces, ordenarse y ejercer mejor cada uno su propia función, lo que se traduce en una mayor eficiencia del sistema, contribuyendo a la seguridad jurídica, la transparencia de las actuaciones, tanto para las autoridades judiciales competentes, como organismos habilitados, partes y abogados en general, que asegurar la igualdad de armas y evitan la sorpresa para la contraparte o la pérdida de

imparcialidad del juez. En definitiva, herramientas para seguir construyendo una sana y prestigiada administración de la justicia penal.

II.-ANTECEDENTES DEL CASO.

Breve reseña de las actuaciones, de la decisión cuestionada y de los agravios del Ministerio Público Fiscal

Ahora bien, de manera previa al abordaje de los agravios que expresa el Ministerio Público Fiscal, surge necesario realizar una breve reseña sobre las actuaciones procesales que precedieron la resolución jurisdiccional que es materia de impugnación casatoria. Ello permitirá, en cuanto aquí interesa para la solución del presente caso, observar el derrotero procesal cumplido en la tramitación de los presentes obrados, particularmente lo vinculado a las incidencias planteadas en orden a la temática debatida, cuáles fueron las decisiones adoptadas en las diversas instancias, y sobre la base de qué argumentos se adoptaron las decisiones previas a que el tribunal de la instancia anterior resolviera del modo en que lo hizo en el decisorio bajo examen.

a.- Conforme se desprende de la compulsión efectuada, en el marco de la audiencia de oposición al requerimiento de citación a juicio (art. 362 del CPP), en fecha 22 de agosto de 2022, la jueza del Juzgado Penal Colegiado N° 2, rechazó los planteos efectuados por las defensas de los imputados Luciano Emanuel Almonte Sánchez, Lucas Enzo Luna Amaya, Mauro Medina y Carlos Roque Luna Medina, contra las medidas probatorias oportunamente ordenadas por el Ministerio Público Fiscal. Asimismo, rechazó las oposiciones efectuadas a los requerimientos de citación a juicio y dispuso la elevación a juicio de los autos principales P-85.765/20 y sus acumulados P-64.536/20, P-59.342/20, P-72.329/20, P-75.021/20, P-66.521/20, P-62.027/20, P-69.036/20, P-65.418/20, P-65.247/20, P-92.904/20, P-86.503/21, P-98.011/20, P-98.286/21 y P-102.768/21, de conformidad con lo previsto en el art. 361, ss. y cc., del CPP.

Contra esa resolución, la defensa del acusado Carlos Luna interpuso recurso de apelación. Esa impugnación se dirigía contra el «[...] *resolutivo arribado en audiencia del día 22 de agosto de 2022 en virtud de causar la misma un gravamen irreparable* [por la que] *se denegó la oposición al requerimiento de elevación a juicio y el pedido de nulidades contra las medidas probatorias ordenadas por la fiscalía que fueron razón determinante de la actuación fiscal de requerimiento de elevación a juicio*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

[...]». Sin embargo, en el desarrollo del recurso se aleja del objeto del mismo (v. orden n° 490).

Aquí conviene detenerse para formular observaciones sobre la impugnación defensiva y su admisión formal por parte del tribunal de la instancia previa.

Por un lado, debe señalarse que, como fundamento del recurso interpuesto, la defensa invocó el art. 509 del mismo cuerpo normativo (v. pág. 2 del escrito de la defensa, obrante en soporte digital), siendo que en dicha norma nada tiene que ver con el caso bajo estudio. Ello, por cuanto se trata del dispositivo procesal que establece el procedimiento de las apelaciones contra las resoluciones que han sido dictadas en el marco de un incidente de ejecución penal. Además, la defensa consideró que la resolución que le provocaba un gravamen irreparable, era la denegatoria de nulidad de dictamen del Ministerio Público Fiscal, relacionado a un pedido de recusación del fiscal (v. pág. 3).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta ,también, que el recurso de apelación resultó articulado sólo respecto de Carlos Luna por los letrados que ejercían su defensa técnica en el marco de las causas seguidas a instancia fiscal en su contra quienes, además, asistían a Almonte Sánchez y Mauro Medina. –Dres. Carlos Reig y Pablo Moreno-.

Ahora bien, no obstante la normativa procesal invocada para fundar la procedencia de la vía impugnativa incoada, y de los errores que surgen en la individualización de la resolución atacada, lo cierto es que, teniendo en consideración lo resuelto en el precedente «Mercado Carrizo», en el que se sostuvo que a los efectos de su admisibilidad formal, el recurso de apelación sólo requiere la indicación de los puntos de la resolución que se cuestionan, tales errores no impiden la admisibilidad formal del recurso. Por lo tanto, en este sentido, la vía intentada ha sido debidamente concedida por el tribunal recurrido (v. decreto de fecha 29 de agosto de 2022, orden n° 496 del sistema LeD) quien, además, les concedió a las restantes defensas plazo para adherir al recurso interpuesto, conforme se desprende de las cédulas de notificación –y su diligencia- a los letrados correspondientes (v. cédulas, orden n° 498 al 506).

Por su parte, en relación con las adhesiones al recurso, debe señalarse que no ha podido establecerse en el expediente si ello efectivamente aconteció. No obstante

ello, se observa que a las audiencias de apelación, comparecieron el doctor Da Silva – defensor de Lucas Enzo Luna Amaya- y los doctores Reig y Moreno, que desarrollaron agravios también en defensa de Mauro Medina y Almonte (v. registro audiovisual de las audiencias de los días 20 y 26 de octubre de 2022, orden n° 442 del sistema LeD de autos P-62.027/20).

b.- En el marco de la audiencia de apelación, y luego de dos audiencias en las que se escucharon los planteos de las partes –realizadas los días 20 y 26 de octubre de 2022-, el Tribunal Penal Colegiado N° 1 de esta Primera Circunscripción Judicial, en función de apelación, en fecha 10 de noviembre de 2022, resolvió hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación presentados por la defensa de Almonte, Luna Medina, Medina Luna y de Luna Amaya, de conformidad con lo que detalló seguidamente.

En ese orden, el tribunal de la instancia previa resolvió lo siguiente:

«I.- **HACER LUGAR** parcialmente a los recursos de apelación presentados por la defensa de Almonte, Luna Medina, Medina Luna y de Luna Amaya, de conformidad con lo que se detalla en los puntos siguientes.

II.- **DECLARAR** la nulidad de: 1) los pedidos de extracción de datos de los teléfonos celulares realizados por el Ministerio Público de fs. 307/309, y 484/486 de autos 85765/20 y sus correlativos en las causas acumuladas; 2) de las resoluciones dictada por el Juez de Garantías que autorizan dichas medidas obrantes a fs. 311 y 487 de autos 85765/20 y sus correlativos en las causas acumuladas, y 3) de todos los informes relacionados a dichas extracciones (Art. 203 del C.P.P.).

III.- Atento lo resuelto precedentemente disponer:

En autos P-85765/20, respecto de los imputados Coria, Almonte, y Luna Amaya **ELEVAR** la causa a juicio por el delito de **ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO APTA PARA EL DISPARO EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR SER EN POBLADO Y EN BANDA** (Arts. 166 inc. 2 segundo párrafo, 54 y 167 inc. 2 del C.P); y respecto del imputado Carlos Roque Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal **EVALÚE** el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-59342/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal **EVALÚE** el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-75021/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-64536/20 respecto de los imputados Almonte, Luna Amaya y Luna Medina, solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-72329/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-66521/20 respecto de los imputados Luna Amaya y Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-62027/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-69036/20, respecto de los imputados Luna Amaya y Luna Medina, solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-65418/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-65247/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-92904/20, ELEVAR la causa a juicio respecto de Luna Medina Carlos Roque por el delito de ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO AGRAVADO POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUEDE TENERSE POR ACREDITADA (Arts.

166 inc. 2 primer párrafo, primer supuesto, 54, y 166 inc. 2 tercer párrafo del C.P.).

En autos P-98286/21, ELEVAR la causa a juicio respecto de Mauro Roberto Medina por el delito de TENENCIA ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE GUERRA (Art. 189 bis inc. 2 segundo párrafo del C.P.).

En autos P-61212/20, respecto de los imputados Almonte y Luna Medina solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-980115/20 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-86503/21 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

En autos P-102768/21 solicitar al Ministerio Público Fiscal EVALÚE el mérito de la causa conforme el nuevo cuadro probatorio, en virtud de lo resuelto en el apartado II.

*IV.- Conforme lo resuelto precedentemente y lo dispuesto por el art. 204 del C.P.P., **APARTAR** al Dr. Galdo Andreoni y a las Dras. Patricia Alonso, Natacha Cabeza, Miriam Núñez y Miriam Gardey [...]» (orden n° 549 del sistema LeD, de los autos n° P-85.765/20).*

El juez *a quo* expuso de manera oral los fundamentos de su decisión, los que obran en soporte digital, los que pueden ser resumidos de la siguiente manera:

i.- Que las comunicaciones telefónicas se encuentran amparadas por el derecho a la intimidad conforme los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, la ley 27.411 -que ratifica el Convenio de Budapest-, normas del Código Procesal Penal de Nación (sic), y jurisprudencia nacional, tal como el fallo «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;

ii.- Que la comunicación telefónica cuenta con tres segmentos de datos: del abonado; de tránsito o tráfico; y, de contenido;

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

iii.- Que los datos de tráfico –metadatos- resultan ser los más importantes pues son precisos y reveladores, siendo éstos información sensible por lo que deben estar protegidos por el derecho a la intimidad;

iv.- Que esos datos sólo pueden ser revelados por orden de autoridad judicial;

v.- Que dicha autoridad es del juez, pues es quien controla en nuestra legislación al fiscal, en resguardo al debido proceso;

vi.- Que en el requerimiento de apertura telefónica se deben hacer saber los motivos o razones y los datos telefónicos que se pretenden buscar, así como el período de tiempo que debe coincidir con los delitos investigados;

vii.- Que los pedidos del Ministerio Público Fiscal de acceso a los datos son vagos e imprecisos y ello los torna nulos;

viii.- Que en el caso analizado los jueces en función de garantías se extralimitaron en las respectivas órdenes sin valorar la pertinencia, utilidad y necesidad de la medida, autorizando la apertura ilimitada de datos totales y el acceso a redes sociales;

ix.- Que declarada la nulidad de las actuaciones referenciadas en las fojas precitadas, luego de analizado el mérito probatorio con la exclusión de la prueba nulificada, correspondía elevar alguna de las causas a juicio y reenviar las restantes al Ministerio Público Fiscal para que evaluara el mérito probatorio. Esto último el tribunal lo hizo sin declarar la nulidad de los autos de elevación a juicio, que le había sido peticionado por la defensa.

c.- Frente a esa decisión, el Ministerio Público Fiscal se agravia porque la resolución emitida por el tribunal impugnado ha declarado erróneamente la nulidad del pedido de extracción de datos de los teléfonos celulares secuestrados en el marco de las investigaciones producidas en las presentes causas, como así también, de las órdenes judiciales emitidas por los jueces competentes autorizando dichas medidas, y de los informes solicitados a la Dirección de Asistencia Judicial en Delitos Complejos y Crimen organizado del Poder Judicial de la Nación vinculados con los teléfonos celulares mencionados. Ello por cuanto, a su entender, no existe ninguna actividad procesal que resulte violatoria de derechos y garantías fundamentales de los acusados, dado que las

diligencias practicadas se encontraban debidamente justificadas en el caso concreto, y no han puesto en crisis el desenvolvimiento del proceso.

Considera el impacto que esa resolución causa en la tramitación de las causas, dado que hace imposible que la acción continúe, porque si bien el juez *a quo* dispuso que se evaluara el mérito de diferentes causas por parte del fiscal de instrucción, lo cierto es que el material probatorio nulificado ha sido el basamento fundamental para determinar la participación de los acusados en todos los hechos investigados. La nulidad de la extracción de datos de los teléfonos celulares secuestrados como de todos los informes vinculados a estos, determina que resulte difícil determinar otra corriente probatoria independiente que permita arribar al grado de convicción requerido para el elevación a juicio.

Refiere que el juez *a quo* entendió que había existido violación al derecho de intimidad protegido por la Constitución Nacional y los tratados internacionales al razonar que esos datos de tránsito resultan más importantes que los datos de contenido porque brindan información precisa de los lugares en donde puede encontrarse una persona y, en mérito a ello, deben ser recabados por orden de juez competente a pedido del fiscal. En base a ello, señala que esa resolución resulta arbitraria, imprecisa e inmotivada y que, además, imposibilita que se continúe con el ejercicio de la acción penal respecto de los delitos investigados, por la trascendencia que ostenta el material probatorio nulificado por el juez *a quo* en la acreditación de la participación criminal de los acusados en tales hechos

En este orden, estructura los agravios en tres acápite:

1.- Falta de precisión de la decisión cuestionada. En este aspecto, la parte recurrente expresa que en la parte resolutive del auto atacado, únicamente se individualizan los actos procesales nulificados de los autos P-85.765/20, pero no se determina cuáles son los demás actos que adolecen de la misma sanción en los expedientes acumulados, supliendo esa específica determinación por una remisión genérica que impide tener certeza sobre la extensión de la sanción, y genera inseguridad jurídica que no puede ser salvada por las partes. Explica que no se trata de simplemente una cuestión de estilo, sino que no es posible precisar los actos procesales que tienen o no validez en las distintas investigaciones.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Ejemplifica el cuestionamiento de la siguiente manera: los autos P-102768/21, que se originan por una compulsa de los autos P-78708/18 en los cuales Medina quedó con pedido se captura, se iniciaron en una investigación que llevaba adelante la Justicia Federal por secuestro extorsivo quien remitió a esta Unidad Fiscal el desgrabado de las intervenciones telefónicas y los datos obtenidos de esas líneas. Asimismo existían dos causas acumuladas (P-79721/18 y P-77365/18) en las cuales no estaba Medina pero donde se solicitaron datos de tráfico que han sido valorados en la causa P-102768/21. Por lo tanto, en atención a la decisión del juez *a quo*, la declaración de nulidad podría alcanzar a medidas probatorias dispuestas en otras causas y sobre las cuales ya ha recaído sentencia firme (último párrafo del punto III del resolutive impugnado)

2.- Arbitrariedad por falta de mención de las disposiciones legales en que funda dicha nulidad absoluta. Ello, por no tratarse de una nulidad taxativa en cuanto a la solicitud de datos de tráfico por el Ministerio Público Fiscal, y no encuadrar aquélla en ninguno de los supuestos del art. 198 del CPP. En particular, desde que la actividad desarrollada por el Fiscal de Instrucción, en cuanto a solicitar los datos de tránsito vinculados a las líneas telefónicas utilizadas por los acusados, no ha implicado la inobservancia de ninguna de las disposiciones concernientes a los sujetos esenciales que justifique su declaración de nulidad, lo que vacía de sustento legal que justifique la anulación.

3.- Falta de motivación del tribunal. Al respecto, el Ministerio Público Fiscal considera que la nulidad dispuesta, carece de una adecuada fundamentación, en tanto se funda en manifestaciones del juez *a quo* sobre la supuesta vaguedad e imprecisión de las solicitudes efectuadas por parte del representante fiscal y de las órdenes judiciales emitidas en consecuencia, como así también, que, en esas actuaciones, no se analizó ni la pertinencia, razonabilidad ni la necesidad de las medidas probatorias en cuestión.

Al respecto, advierte que en el análisis jurisdiccional censurado, el juzgador no se refirió a ningún pedido del fiscal, como tampoco a las órdenes dadas por los distintos jueces de garantías, sino que ha realizado una afirmación genérica, y no ha considerado que surge de las solicitudes fiscales y de las decisiones jurisdiccionales pertinentes, una expresa referencia a los hechos investigados, como así también, a los

elementos probatorios que se pretende obtener con esta medida.

Al profundizar este último agravio, y previo sostener que no ha existido ninguna actividad violatoria del derecho a la intimidad de los acusados, en los términos sostenidos por el tribunal con función de apelación, los recurrentes afirman que el pedido de datos de tráfico, aun cuando puedan significar una afectación al derecho a la intimidad, no es de tal envergadura que justifique la intervención del juez de garantías. Ejemplifican al respecto con otras medidas probatorias que también la afectan –así, el art. 211 del CPP- y que son resorte del Ministerio Público Fiscal.

Entiende, asimismo, que ninguna cita de la jurisprudencia invocada en la resolución cuestionada resulta aplicable a los supuestos de autos, en función del ordenamiento jurídico que rige en el orden nacional. En particular referencia al fallo «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considera que resuelve sobre otros aspectos vinculados a las comunicaciones, reafirmandose que la información requerida lo ha sido dentro de sus facultados, porque estaba vinculada a la investigación de hechos delictivos concretos.

En cuanto a las órdenes emitidas por los jueces de garantías, refiere que el juez en función de apelación desconoce las características de la evidencia digital, la cual, por su propia naturaleza, no permite determinar con anterioridad dónde se ubica dentro del dispositivo electrónico. Por otra parte, refiere que la apertura y extracción de datos es una imagen forense que, con posterioridad a su obtención, es analizada al igual que sucede con las escuchas telefónicas. Finalmente, reitera que en todos los pedidos formulados mediante oficio o el formulario de extracción de datos (Resolución n° 51 de implementación de la ley 9.040) se han volcado las razones que justificaban las medidas, y así lo entendieron los jueces de garantías que libraron los pertinentes decretos.

III.- TRATAMIENTO PARTICULAR DE LOS AGRAVIOS CASATORIOS

Reseñadas las principales actuaciones de las causas que originan el recurso interpuesto, particularmente la decisión cuestionada y los motivos por lo que se agravia el Ministerio Público Fiscal, corresponde a continuación analizar la procedencia de estas razones.

Del modo en que se adelantara, se considera que le asiste razón al

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Ministerio Público Fiscal en los argumentos que propone para sustentar el agravio casatorio, porque la resolución cuestionada adolece de una serie de vicios que la descalifican como acto jurisdiccional válido, los que serán tratados en el orden lógico jurídico que entendemos corresponde.

1. Sobre la competencia del juez en función de apelación.

En primer lugar, se estima acierta la parte recurrente cuando cuestiona que existe una evidente discordancia entre el pedido de nulidad articulado por la defensa, y lo resuelto sobre ese tópico por el tribunal de la instancia previa. Afirmación que encuentra sustento objetivo en las constancias comprobadas de la causa.

En efecto, conforme se desprende de la visualización del soporte audiovisual respectivo, teniendo en cuenta la presentación defensiva y –principalmente- la segunda audiencia oral realizada en fecha 26 de octubre de 2022 (a partir del min. 00:27:02), como bien señala el Ministerio Público Fiscal, la defensa impetró la nulidad de los pedidos de geolocalización de las líneas telefónicas móviles a las empresas de telefonías, porque consideró que fueron requeridos sin orden judicial. Este planteo se asentó en considerar que la relevancia de la información surgida de allí como elemento que permitió –luego- inferir la participación de los imputados en los hechos.

Así, uno de los defensores de Luna, Almonte Sánchez y Medina, expresó que «[iba] a mantener los agravios del recurso de apelación [...] [pues] ha existido violación de normas y garantías constitucionales y convencionales [...] [por lo que, junto con el otro defensor, iban a] a solicitar la nulidad por haber pedido el Fiscal la geolocalización de teléfonos celulares [haciendo mención a la causa principal N° P-87.765/20 y sus acumuladas N° P-59.342/29, P-980.115/29, P-61.212/20, P-62.027/20, P-64.536/20, P-65.427/20, P-65.418/20, P-66.521/20, P-79.036/20, P-72.329/20 y P-75.021/20 respecto de Almonte, Luna Medina y Luna Amaya] (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:07:40 y hasta 00:10:23)».

Luego, hizo referencia al hecho de los autos principales y el secuestro de un celular a Almonte Sánchez, por cuanto «[...] eso da inicio a pesquisas de UDAPIF [para luego afirmar que] a partir de la apertura de los teléfonos encuentran ciertos números de teléfonos que darían ciertos elementos de que se habrían planeado hechos delictivos, iniciando la Fiscalía una pesquisa en la que trata de identificar los usuarios

de esas líneas telefónicas [...] (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:12:51 y ss)».

Agregó que «[...] *todo eso se condensa en un informe de UDAPIF y también en el pedido de geolocalización de dichos números telefónicos [...] a partir de ese informe infieren* [en referencia a los representantes del Ministerio Público Fiscal] *quién habría cometido los hechos, atribuyendo las líneas telefónicas y los responsabiliza del hecho* (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:13:39 y hasta 00:14:19 y ss)».

Reiteró la importancia de la nulidad del pedido de geolocalización que dan las distintas compañías para las que se necesita orden judicial como una manera de resguardar la esfera de la intimidad (v. argumentos de la defensa, registro audiovisual de la audiencia del día 26/10/22, a partir del min. 00:14:41).

Citó normativa constitucional involucrada –arts. 18 y 19 de la CN-, la ley 25.326 sobre protección de datos personales, la incidencia de esos datos en la expectativa de privacidad de los ciudadanos respecto de dicha información. A partir de ello, consideró que era necesaria orden judicial para su adecuado control aun frente a la falta de regulación (ver argumentos orales de la defensa, registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:14:43 y hasta 00:17:20). Fundó su postura en jurisprudencia de Estados Unidos y nacional.

Seguidamente, al analizar la situación de Carlos Luna Medina, consideró determinante su detención por la geolocalización de un teléfono que le atribuían, sin indicación de número de línea alguna en su relato. Ello en autos P-85.765/20 y en P-86.503/21 y P-102.768/21, con algunos argumentos adicionales –rastros dactilares y genéticos entre otros- que no hacen al motivo del agravio aun cuando sí a la situación de este imputado y de Mauro Medina, hermano de aquel.

Finalmente, la defensa refirió que pretendía «[la] *nulidad de las causas de los pedidos de geolocalización condensados en informe de UDAPIF y consecuente nulidad de la elevación a juicio* [entendiendo que lo es por sus defendidos] *y oposición también por Medina [...]*» (ver argumentos orales de ésta, registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:30:39 y ss).

A su turno, el tribunal en función de apelación hizo una aclaración y

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

resumió -con asentimiento del apelante- aquella presentación. Así, se circunscribió el planteo de nulidad al informe de UDAPIF y de todos los relacionados con los pedidos de geolocalización en las causas que enumeró la defensa, y a la solicitud de nulidad de los requerimientos de esas causas (ver registro audiovisual, 26.10.2022, minutos 00:30:50 y ss). Asimismo, respecto de Medina expresó que correspondía un tratamiento diferente por insuficiencia de prueba. Luego de ello, la defensa de Luna Amaya, el doctor Da Silva, adhirió a lo señalado por la defensa de Almonte, Medina y Luna Medina.

De lo detallado, se advierte claramente que la defensa planteó la nulidad de los pedidos de geolocalización de los teléfonos celulares por haber sido realizados directamente por el Ministerio Público Fiscal mediante oficios y, a consecuencia de ellos, nulidad del informe de UDAPIF, de todos los informes relacionados, sin indicación de cuáles, y además de los distintos requerimientos elevación a juicio de las distintas causas, infiriendo la incidencia determinante del mérito probatorio de dichos elementos. Mientras que, por su parte, el juez *a quo* resolvió la nulidad de los pedidos del Ministerio Público Fiscal de fs. 307/309 y fs. 484/486 y de sus correlativas y de las órdenes de apertura de los teléfonos celulares libradas por los jueces de garantías de fs. 311 y 487 y vta. de los autos N° P-85.765/20 y sus correlativos y de todos los informes relacionados a dichas extracciones.

Sobre ello, debe recordarse que, tratándose del recurso de apelación, la normativa procesal regula, entre otras cuestiones, el modo de interposición y el procedimiento para la tramitación y resolución de este (art. 467 del CPP). Sobre las condiciones de interposición, dada la remisión a lo previsto en el art. 455, se exige que el apelante indique específicamente los puntos de la decisión que fueren impugnados.

Esto último, tiene directa trascendencia sobre el ámbito de competencia del Tribunal de Alzada, quien sólo se encuentra habilitado para el conocimiento y decisión sobre los puntos de la resolución a que se refieran los agravios, porque *es el recurso el que le atribuye al juez el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución que se refieren los agravios* (art. 462 del CPP), y la situación jurídica procesal no se encuentra dentro de la excepción prevista en el art. 199 para declarar la nulidad de oficio, como seguidamente veremos. Márgenes de actuación que resultaron superados por la actuación *extra petita* del juzgador.

2. Acerca de la pertinencia de examinar la situación del caso bajo el

instituto de la exclusión probatoria

Considero que le asiste razón a la parte recurrente cuando sostiene que, en la instancia previa, se confundió el abordaje de la cuestión en tratamiento. Ello, en razón que se declararon las nulidades reseñadas en el apartado II, cuando en realidad, y más allá de que la parte recurrente sostiene su improcedencia, lo resuelto debió abordarse a través del instituto de la exclusión probatoria, previsto en el art. 207 del CPP.

En efecto, no obstante que las nulidades y la exclusión probatoria eventualmente pueden tener vinculaciones, son instituciones procesales diferentes. Muestra de ello es que, incluso, están previstos en capítulos diferentes del Código Procesal.

Un acto procesal necesariamente debe contener los presupuestos básicos y realizarse de la forma establecida en la ley, si es así, puede decirse que se trata de un acto procesal perfecto o como es debido, es decir, desprovisto de todo vicio y, por lo tanto, plenamente eficaz para producir efectos jurídicos; por otro lado, cuando el acto procesal abandona o mejor dicho no reúne las formalidades establecidos por la Ley, se ingresa en un campo progresivo de imperfecciones que pueden asumir una relevancia mínima, como en el caso de la denominada «mera irregularidad», o de una gravedad que puede provocar la nulidad absoluta de dicho acto procesal, o en su caso extremo, declarar su inexistencia.

Así, habrá actividad procesal defectuosa cuando el acto procesal no reúne los requisitos propios de su correspondiente especie al apartarse de la configuración legal. De acuerdo con el concepto expresado, la nulidad viene a ser la sanción legal establecida para los actos que se realizan con inobservancia de las garantías consagradas mediante las formas procesales y que causen un gravamen substancial al desarrollo normal del procedimiento. La sanción, de este modo, viene a constituirse en la declaración de ineficacia de un acto procesal por defecto de alguno de sus elementos esenciales, lo cual le impide cumplir con sus fines.

Es un axioma prácticamente indiscutible el principio que dice “*no hay más nulidades que las consagradas en forma expresa por la Ley*”. Con lo cual, las nulidades deben ser productos exclusivos de la ley, es decir, solo el orden jurídico puede imponer, establecer, regular los requisitos de validez de los actos jurídicos en general

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

-actos procesales penales en particular- y ordenar, en consecuencia, cuando un acto es nulo o carente de eficacia o valor jurídico. Para decirlo de otro modo, el régimen de nulidades es la garantía del debido proceso, para que transite como es debido.

En materia de nulidades penales, el sistema procesal distingue dos especies o categorías de nulidades. En un primer grupo aparecen las nulidades denominadas específicas, donde rige el principio de la taxatividad, y en el segundo grupo encontramos las nulidades genéricas o de carácter general, prescriptas por la ley en una norma genérica aplicable a cualquier acto procesal.

Las nulidades específicas son aquellas en las cuales la propia norma consagra la sanción en el caso de que no se cumpla con los requisitos. Comprenden todo acto procesal efectivizado sin las exigencias previstas por la ley bajo sanción de nulidad. Por su parte, las nulidades genéricas son las que nacen en defectos prescriptos por la ley, en una disposición o norma genérica de aplicación a cualquier acto procesal en el cual se adviertan las falencias que prevé la normativa. Su declaración exige que se verifique la existencia de un perjuicio concreto para alguna de las partes, porque cuando se adopta en el sólo cumplimiento de la ley, importa un manifiesto exceso ritual no compatible con el buen servicio de justicia (doctrina de Fallos: 295:961; 298:312; 306:149; 310:1880; 311:1413; 330:4549). No procede su declaración en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable la declaración de una nulidad por la nulidad misma (Fallos: 303:554; 322:507; 324:1564).

Asimismo, en materia de interpretación del régimen de las nulidades procesales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que debe primar un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público (Fallos: 323:929; 325:1404; 331:994).

De este modo, como no existen más nulidades que las consagradas en forma expresa por las normas procesales (y se toma como paradigma de ello las denominadas nulidades “específicas”), las denominadas “nulidades genéricas” son interpretadas con sentido muy restringido, ya que no son regulaciones particulares o individuales de determinado acto procesal, sino que son regulaciones con sentido más amplio o general.

Por lo tanto, si proyectamos esas breves consideraciones efectuadas sobre el régimen de nulidades procesales al caso bajo análisis, advertidos, por un lado, que todas las partes han afirmado que las medidas probatorias cuya validez ha sido negada por el juez *a quo* en la resolución impugnada –solicitud de datos de tráfico de teléfonos celulares en el ámbito de una investigación penal en curso-, no se encuentran reguladas expresamente en el Código Procesal penal, y, por otro lado, que son nulos los actos procesales cuya irregularidad se encuentra expresamente prescripta bajo pena de nulidad, cabe formularse el siguiente interrogante: ¿puede coherentemente, entonces, afirmarse que lo no previsto y, por tanto, no prescripto bajo pena de nulidad es nulo? La respuesta negativa se impone con toda certeza.

Efectuada esa afirmación, y descartada la posibilidad que la nulidad declarada por el tribunal impugnado pueda ser comprendida dentro del ámbito de las nulidades específicas, surge que el tribunal ha considerado que las irregularidades o defectos en las solicitudes fiscales, así como también, en las resoluciones jurisdiccionales adoptadas oportunamente con relación a aquellas, han implicado la violación de normas constitucionales.

Sin embargo, aún en este ámbito de las nulidades, debe demostrarse con absoluta contundencia y motivación, que la actividad procesal desarrollada lo ha sido afectando la efectiva vigencia del debido proceso legal. En el caso, los derechos y garantías del acusado, referidos a «[a] *la intervención, asistencia y representación del imputado, en los casos y formas que la ley establece*» (art. 198 inc. 3 del CPP).

Es precisamente en este aspecto donde le asiste razón al Ministerio Público Fiscal y adquiere relevancia cuando afirma que la resolución cuestionada resulta arbitraria por la ausencia de mención de la normativa involucrada y por lo tanto se desconocen los motivos jurídicos, es decir, cuáles son en concreto las disposiciones constitucionales y legales de la decisión como exigen los arts. 148 y 149 de la

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Constitución de Mendoza y no invocaciones argumentativas generales. Ello, pues si bien las violaciones a garantías constitucionales del imputado en el proceso habilitarían el dictado de la nulidad en los términos del citado art. 198 inc. 3 del CPP, no puede desconocerse que esa disposición legal está directamente orientada –y encuentra su fundamento constitucional- a la protección de las garantías constitucionales procesales y del debido proceso legal, en virtud de la cual se prevé la exigencia de cumplir con determinadas formas esenciales o sustanciales en la realización de actos procesales. Por ejemplo, en el derecho de defensa desde el primer momento de la persecución penal dirigida en contra de una persona (art. 92 del CPP), en el derecho del acusado de hacerse defender por un abogado de su confianza o por el Defensor de Pobres y Ausentes (art. 131 del CPP), el derecho a conocer el hecho que se le acusa, cuáles son las pruebas existentes en su contra, que puede declarar si fuese su voluntad, que puede requerir la presencia de un defensor (art. 271 del CPP), a impugnar las resoluciones que no le favorecen (art. 451 del CPP), entre muchos otros.

Nada de ello resulta de la motivación dada por el juez *a quo* en la resolución atacada, donde se observa que las supuestas vulneraciones sobre garantías constitucionales por las actuaciones procesales nulificadas no aparecen sustentadas en normas legales que avalen la aplicación de esa sanción procesal. En el caso, tanto la solicitud de datos de tráfico de los teléfonos celulares secuestrado a través de las tareas de investigación cumplidas en virtud de la comisión de hechos delictivos, como también, las órdenes jurisdiccionales emitidas por las juezas del Juzgado Penal Colegiado no han inobservado ninguna de las disposiciones procesales concernientes a los sujetos esenciales que justifiquen su declaración de nulidad. No se trata de un caso de nulidad de conminación específica, porque no existe ninguna disposición legal que regule la solicitud de datos de tráfico; tampoco de conminación genérica, porque no se ha producido ningún efectivo perjuicio que lesione el debido proceso legal ni el derecho de defensa en juicio.

Lo antedicho demuestra, además de la arbitrariedad de lo así resuelto, un error en el análisis procesal del caso.

Por ello, considero que la situación analizada en la presente causa, en todo caso debió encuadrarse dentro del régimen procesal de la exclusión probatoria –régimen más flexible que el de las nulidades-, entendida como la inadmisibilidad de las

pruebas para su valoración cuando provengan de un acto producido, obtenido o incorporado mediante violación de garantías constitucionales. Si bien es cierto que la vulneración de garantías constitucionales es el primer límite a la libertad probatoria, también se refiere a los efectos de la incorporación u obtención de prueba ilegítima: la ineficacia y sanción de invalidez alcanza a aquellas pruebas que no hubieran podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia de aquélla.

La regla de exclusión probatoria, fue enunciada en 1891 por nuestra Corte Suprema de Justicia en «Charles Hnos» (Fallos, 46:36) y sostiene que los medios probatorios obtenidos mediante procedimientos condenados por la ley son inadmisibles para fundar una condena, por más que hayan sido logrados con el propósito de descubrir y perseguir un delito. Dicha doctrina, se ve ensanchada, por la del “*fruto del árbol venenoso*”, según la cual, son inválidas las probanzas obtenidas, derivadas o que sean consecuencia de otra obtenida ilegítimamente, en violación de garantías constitucionales (“Rayford” - Fallos 308:733). Doctrina judicial que también se encargó de poner límites y excepciones a las reglas de exclusión probatoria y su extensión, la doctrina del fruto del árbol venenoso (v. al respecto, SAGÜES, Néstor Pedro, “*Elementos de Derecho Constitucional*”, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, pág.782, con referencia al fallo “Daray” de la CSJN, sobre la existencia de “un curso de prueba independiente”).

En nuestra legislación procesal local, la exclusión probatoria está previstas y reglamentada en el art. 207 de la ley adjetiva, en cuanto dispone que «[c]arecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneran garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella». Es decir, que la exclusión probatoria además de quitarle eficacia probatoria a esa prueba, también se puede declarar ineficaz aquellas evidencias que solo pudieron ser obtenidas como derivadas de las excluidas. Entonces, nuestro sistema legal vigente no corresponde declarar la nulidad, sino la exclusión probatoria; salvo que el acto sea nulo según el régimen de nulidad reglamentada.

Advertido ello, dado que la norma citada emplea una conjunción copulativa «y» para separar las exigencias que deben verificarse para que sea posible excluir un elemento probatorio del plexo de una causa, es necesario recurrir a un **doblo**

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

juicio de derivación. El primero, si suprimido mentalmente el acto viciado, desaparece la prueba en cuestión. El segundo, si dicha prueba constituye una consecuencia materialmente necesaria de dicho acto ilícito y no una consecuencia meramente casual, o contingente. De aquí surge que sólo son «frutos del árbol envenenado» aquellas pruebas que tienen, como única fuente, el acto violatorio de garantías constitucionales, y que, además, son consecuencias necesarias a partir de dicho acto ilícito (ver, al respecto y en lo pertinente, CSJN, Fallos 46:36; 303:1938; 306:1752; 310:2402; 311:2045).

En este orden, debe destacarse, que como lo ha afirmado la Corte Federal, con consideraciones de aplicación al presente, que el examen del proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional y en atención a las reglas de la lógica, las que se verían alteradas si se anulase un procedimiento como consecuencia de supuestas irregularidades, cuando en realidad y como se explicará, la garantía de la intimidad de los acusados estuvo suficientemente resguardada al existir orden jurisdiccional suficientemente fundada y, en consecuencia, válida. Es que, una aplicación errónea de la regla de la exclusión puede desviar el proceso de la búsqueda de la verdad -en sentido de «verdad procesal», tal como se ha afirmado en el precedente «Carranzani»- y torcer injustificadamente el principio de justicia que debe primar en todo pronunciamiento judicial (Fallos 311:2045).

Llevadas estas consideraciones al presente caso, entendemos que, para resolver del modo en que lo hizo, fulminando de nulidad actuaciones procesales cumplidas en el marco de las respectivas investigaciones penales iniciadas como consecuencia de la consumación de hechos delictivos, el tribunal de la instancia previa debió individualizar y precisar qué tipo de información entendía que fue obtenida por el Ministerio Público Fiscal vulnerando derechos y garantías constitucionales. En su caso, cómo y en qué medida o extensión se lesionó el ámbito de intimidad y privacidad de aquellas personas sobre quienes existía un grado de sospecha fundada de su participación en la realización de conductas delictivas, cuya descripción en sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, aparece mencionada en las respectivas solicitudes fiscales y, por tanto, valoradas por las magistradas que resolvieron, autorizando las diligencias probatorias en cuestión.

Esto último pone de manifiesto que, esas medidas probatorias, no sólo fueron solicitadas debidamente por el agente fiscal interviniente, dentro del marco de una

investigación criminal, sino que, la actuación de los representantes del Ministerio Público Fiscal ha sido efectivamente sometida a control jurisdiccional, y de la defensa de los acusados. Por lo cual, la información obtenida sobre la ubicación de las personas, en tanto usuarios de telefonía celular secuestrada, a partir del impacto y captación de la comunicación por las torres de comunicación telefónica –antenas-, estuvo precedida de una “causa probable” (investigación del hecho ilícito y vinculación de personas y/u objetos) expresa, fundada y controlada, de acuerdo con la etapa procesal transitada.

En definitiva, no se trata de la nulidad del acto practicado (arts. 197 al 204 del CPP), sino que en su caso hubiera correspondido el trámite de exclusión probatoria de cada prueba obtenida por esos actos (art. 207 del CPP) y debió hacer el doble juicio de derivación. Lo que confirma el acierto del Ministerio público Fiscal en este punto de agravio de su impugnación casatoria.

3.- En cuanto a la invocada facultad por parte del Ministerio Público Fiscal, de requerir directamente datos de geolocalización y/o planillas de llamadas.

Debe señalarse que –también- le asiste razón al Ministerio Público Fiscal, cuando afirma que no resulta necesaria orden de juez competente para solicitar datos de llamadas y/o de geolocalización.

En efecto, como se afirmó, el sistema de nulidades puede ser de conminación genérica o específica, así como que esta medida probatoria, no está regulada en nuestro digesto procesal, razón por la cual, como bien se ha planteado, con las restricciones que supone el dictado de una nulidad, habrá que determinar, si esos datos suponen o no violación al derecho a la intimidad.

A diferencia de algunos códigos procesales de nuestro país, como el Código Procesal Penal de la Nación –ley 23.984-, nuestro Código Procesal Penal y del mismo modo el nuevo Código Procesal Penal Federal -leyes 27.063 y 27.482- pone a cargo la investigación preliminar en cabeza del fiscal, a quien se le atribuye la responsabilidad probatoria en relación con su hipótesis acusatoria en los arts. 340 y 342 del CPP. Mención que se reitera en el art. 367, último párrafo del CPP.

En consecuencia, la pauta general en nuestro sistema de investigación penal preparatoria a cargo del Ministerio Público Fiscal, que según el CPP y la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal les permite practicar los actos de prueba a fin de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

colectar los elementos que darán base a sus requerimientos, salvo aquellos que, por imperio **constitucional** -el domicilio es inviolable y «sólo podrá ser allanado en virtud de orden escrita de juez competente» (art. 14 de la Constitución de Mendoza) o que nadie puede ser constituido «en prisión sin orden escrita de juez competente» (art. 17 de la CdeM)- o **legal** -como la interceptación de correspondencia o intervención de comunicaciones previsto por los arts. 227 y 229 del CPP que requiere del tribunal «ordenar por decreto fundado, bajo pena de nulidad», cuando la constitución provincial dispone que «*La correspondencia epistolar, telegráfica, o por otro medio de comunicación análogo, es inviolable y no puede ser ocupada o intervenida*» sólo requiere orden de «*autoridad judicial competente y en los casos designados por las leyes*» (art. 15 CdeM) y no orden de juez competente-, le están expresamente vedados.

De forma similar la Constitución Nacional, estableció la Garantía de «*El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación*», y es la ley la que establece cuando se requiere orden de juez y en qué casos puede realizarse sin orden de juez. En nuestra provincia, el allanamiento sin orden de juez competente está reglamentado en el art. 219 del CPP.

Entonces, para poder determinar la inteligencia de la cláusula constitucional cuando dice “*autoridad judicial competente*” y la ley (CPP) no ha reglamentado que debe ser por orden de juez competente, debemos tener en cuenta que así, como cada país se ha organizado estableciendo sus propias reglas de gobierno, por lo que encontraremos que «*[e]n cada modelo anida una concepción particular y singular, de lo que se entiende por separación de poderes*» (BIANCHI, Alberto B.; “*La separación de poderes: un estudio desde el derecho*”; Ed. Cathedra Jurídica; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2019; pág. 399), de la misma manera, dentro de la República Argentina cada provincia dictó para sí una constitución bajo la condición (entre otras) de establecer un sistema representativo republicano (arts. 5, 122 y 123 de la CN). Pero, la Constitución Nacional en ningún momento les impone la obligación de instituir un sistema representativo republicano espejado al modelo que aquella disponía, por lo que la provincia al sancionar su Código Fundamental Provincial no siguió a la Nacional en cuanto al Procurador y los Fiscales y/o al Ministerio Público Fiscal. Mientras en el Gobierno Federal a similitud del constitucionalismo norteamericano fueron creados por

ley y estuvieron dentro del ámbito del Poder Ejecutivo y recibían directivas del "Gobierno" (en tanto que Poder Ejecutivo) hasta la reforma de 1994 que lo constitucionaliza como un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera (art.120), es decir, como un órgano extrapoder; mientras que, en Mendoza desde 1.916 fueron expresamente previstos el Procurador de la Suprema Corte, los fiscales de cámara y tribunales (hoy denominados legislativamente fiscales adjuntos o fiscales en jefe) y fiscales de primera instancia (hoy denominados fiscales de instrucción) dentro del ámbito del Poder Judicial en la capítulo primero de la sección quinta. Por lo tanto, no sólo ejercen su función dentro del ámbito judicial, sino que están institucionalmente dentro del ámbito del Poder Judicial.

Los Poderes del Gobierno de la Provincia son el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial (art. 12 de la CdeM) y, sin importar el *nomen iuris* utilizado "división de poderes" las reglas establecidas se corresponden a la "separación de poderes". Mientras el Poder Legislativo es un órgano complejo ejercido por dos Cámaras, una de Diputados y otra de Senadores (art. 64 de la CdeM); el Poder Ejecutivo es unipersonal y se ejerce con el título de Gobernador de la Provincia (art. 111 de la CdeM); el Poder Judicial, es ejercido por la Suprema Corte, las Cámaras (de apelaciones y tribunales) los Jueces de Primera Instancia y demás Juzgados (art. 142 de la CdeM). Aunque esta disposición - art. 142 de la CdeM -menciona a los demás funcionarios inferiores creados por ley, la interpretación sistemática correcta determina que los poderes están constituidos por la función principal de sus titulares: el Legislativo, sanciona leyes, el Ejecutivo, ejecuta esas leyes, y, finalmente, el Judicial, por los jueces que al resolver los casos aplican la ley o la inaplican declarándola inconstitucional, poder –este último- que sólo tienen los jueces – art. 48 de la CdeM) y es lo que caracteriza la calidad de Poder Judicial. El Procurador y los Fiscales, son magistrados, como los Defensores de Pobres y Ausentes y Asesores de menores (art. 155 de la CdeM), al igual que los jueces y no son funcionarios inferiores a ellos, ni son creados por ley, sino que están previstos por la propia constitución. No son estrictamente Poder Judicial, sino que son "*autoridad judicial*" en los términos de la propia Constitución, y ejercen su función según esté determinado por las leyes que las reglamentan.

En ese entendimiento, debe destacarse que el Ministerio Público Fiscal como órgano, fue creado por la ley 8.008 y modificado por la ley 8.911. Se trata, por

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

definición legal, de un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, con atribuciones orgánicas, autonomía funcional, financiera y presupuestaria (art. 1 de la ley 8.008, reformado por ley 8.911).

Se encuentra integrado por los magistrados previstos por la Constitución que son “*autoridad judicial*”: un Procurador General, como máxima autoridad, y los fiscales (adjunto, en jefe y fiscales de instrucción) que se desempeñan en ese órgano. Asimismo, en condiciones idénticas el Procurador con los miembros de la Suprema Corte, los fiscales adjuntos y en jefe con los jueces de Cámaras y Tribunales y los fiscales de instrucción con los jueces de paz letrados, son seleccionados y designados de acuerdo con el mismo procedimiento y órganos (Poder Ejecutivo y acuerdo del Senado; como en el caso que corresponda de la selección previa del Consejo de la Magistratura), deben cumplir con los mismos requisitos, pueden ser removidos por las mismas causales y por el mismo órgano -juicio político o jury de enjuiciamiento- y gozan de las mismas prerrogativas de estabilidad e inmunidad que los jueces (arts. 143, 150, 151, 152, 153, 155, 163, 164 de la Constitución de Mendoza y los art. 15, 20 de la ley 8.008/8911).

A partir de allí, se concluye que los magistrados del Ministerio Público Fiscal son “*autoridad judicial*” y se encuentran dentro del ámbito del Poder Judicial, es decir, de uno de los poderes del Estado, además, actúan dentro de esa órbita y no reciben instrucción del Gobierno -léase Poder Ejecutivo-, como tampoco del Poder Judicial -léase Suprema Corte-, ni del Poder Legislativo -aunque el Procurador, es quien diseña la política de persecución penal, y debe concurrir anualmente a la Legislatura a informar ese diseño y/o modificación, como las directivas e instrucción dispuesta y los resultados obtenidos-. Muestra clara de ello es que tanto la organización como el funcionamiento del Ministerio Público Fiscal creados por la ley, como los magistrados que lo integran que están establecidos en la Constitución Provincial, se encuentran vinculados a la Constitución, al igual que cada juez -aunque ejerzan funciones distintas- y están regulados en su funcionamiento por las leyes específicas, y las resoluciones que de carácter general dicte, al efecto, el Procurador General, pero siempre en el marco de las disposiciones constitucionales y legales correspondientes (art. 5 de la ley 8.008, según texto de la ley 8.911).

Llevado esto a las particularidades que presenta el caso bajo análisis, debe destacarse la autonomía que caracteriza la actuación de los integrantes del Ministerio Público Fiscal que, por disposición de la propia ley, ejercen sus funciones con arreglo a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad, oportunidad y objetividad. En ese ámbito, y salvo que la Constitución local y, en su caso, el Código Procesal Penal (art. 14 y 17 de la Constitución de Mendoza, arts. 216, 218 de la ley adjetiva) expresamente exija que determinadas diligencias deban ser realizadas y/o autorizadas por orden de juez competente, no existe norma alguna que impida la producción de prueba en forma directa por los agentes fiscales, como es el caso en análisis por tratarse de *autoridad judicial*.

En consecuencia, acierta la parte recurrente al ejemplificar, que respecto de medidas probatorias en cuestión son de resorte del Ministerio Público Fiscal, aun cuando éstas cuentan con un procedimiento específico, como el registro corporal. De acuerdo con ello, la petición del listado de llamadas telefónicas o su impacto en determinadas antenas supone necesariamente una menor intensidad en la injerencia de ese derecho fundamental (ROMERO, Sebastián, «Los registros de comunicaciones telefónicas (sábanas) en la investigación penal: otro capítulo sobre la permanente tensión entre tecnología y privacidad», Revista de Derecho Procesal Penal 2011-2. La investigación Penal Preparatoria –II, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pp. 327 y ss), por lo que no se justifica jurídicamente en el caso de nuestra provincia requerir orden de juez competente, cuando ni la constitución ni la ley lo exigen, tanto por la ubicación del Ministerio Público Fiscal dentro del ámbito del Poder Judicial, como su calidad de «*autoridad judicial*».

Por su parte, la geolocalización –o georreferenciación-, entendida básicamente como una operación técnica que permite detectar una zona de proximidad –ciertamente amplia e imprecisa, no exacta- donde se halló –en este caso- en que estuvo ubicado un teléfono móvil, por el uso de datos que el mismo efectuó, captados por torres de telefonía celular. O, si se quiere, con mayor rigor técnico, como “*la tecnología que permite ubicar un dispositivo en un punto espacial a partir de la transmisión de sus coordenadas de posicionamiento*” (“Intimidad Personal, protección de datos y geolocalización”, Batucas Caletrio. Derecho Privado y Constitución ISSN-L: 1133-8768. Núm. 29, enero-diciembre 2015. Págs. 47-82 <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.02>).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Al respecto, es evidente que lo único que se puede conseguir con la geolocalización -o georreferenciación-, es un radio de acción prefijado mediante la activación de mecanismos de comunicación, a través del envío de señales, traducidos en números, de donde pueda inferirse la localización de unos terminales de donde inducir la presencia de determinados sujetos por la utilización más certera de un material que se ha conseguido por otros medios probatorios. En caso, a través del secuestro de teléfonos celulares en el marco de investigaciones criminales.

Con la cual, esos datos obtenidos de las operadoras de telefonía, que determina una ubicación que sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la/s torre/s de telefonía móvil en las que impactaron las comunicaciones en cuestión, en modo alguno puede considerarse que afecta, al menos en forma relevante, el derecho a la intimidad, ni del emisor de la comunicación, ni tampoco de quién o quiénes resulte/n el/los receptor/es de la/s misma/s. Máxime cuando, como en autos, el requerimiento fiscal estuvo enmarcado dentro de procesos de investigación criminal, acotados a un objeto de investigación –plataforma fáctica- determinado en sus circunstancias no sólo espaciales, sino temporales.

Sobre este último aspecto, valga señalar que estos datos sólo indican un perímetro determinado, es decir, una zona extensa que se encuentra dentro del radio de captación de la antena, y que al decir de los propios informes que emiten las compañías de telefonía móvil, no implican necesariamente que la llamada se hubiera desarrollado íntegramente allí, pues puede haber comenzado y terminado en otro ámbito, el de una antena distinta.

En cuanto a las «sábanas» de datos requeridos a las empresas telefónicas, se entiende que sólo aportarán datos exteriores de las comunicaciones mantenidas entre los individuos y de los mensajes entre ellos, indicando datos tales como línea de la que proviene, día, hora, duración de la llamada, antena sobre la que la misma habría impactado, pero no su contenido.

Ello, al solo efecto de demostrar el menor valor determinante que dicho dato probatorio puede llegar a alcanzar (ver, a mayor abundamiento, ROMERO, Sebastián, obra citada, p. 345, cita 47, y p. 355; en el mismo sentido, LLERA, Carlos Enrique, «¿Puede el fiscal requerir el listado de llamadas telefónicas entrantes y salientes en las causas delegadas del art. 196 del CPP?», LL-2011 B- 763/764).

Se entiende entonces que, no advirtiéndose afectación constitucional relevante alguna a los derechos individuales de los ciudadanos protegidos por la Constitución Nacional y por nuestra Constitución Provincial, que exijan necesariamente la orden de juez competente para requerir la geolocalización y/o las «sábanas» y no existiendo previsión legal expresa en contrario, dichas medidas probatorias forman parte del ámbito propio de las medidas investigativas que la ley exige a su oficio, deber que como señala el art. 314 del CPP, es para «[...] *impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento*». Esta disposición establece las dos condiciones: *delito*, es decir: hecho ilícito y punible; y *reunir pruebas útiles*, es decir: la vinculación de las personas o cosas que justifican las medidas probatorias. Que relacionado con dicha finalidad, el objeto de la investigación debe ser para «comprobar si existe un hecho delictuoso, mediante todas las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad» procesal; «establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad» y debe «individualizar a sus autores, cómplices e instigadores» (incs. 1, 2 y 3 del art. 315 del CPP).

Por otra parte, cuando se formula la imputación formal que da inicio a la denominada por la ley Investigación Fiscal dentro de la Investigación Penal Preparatoria, que «*deberá practicarse en el término de tres meses a contar desde la imputación prevista en el artículo 271*» (art. 349 CPP), que sólo puede practicarse «[c]uando *hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el Fiscal de Instrucción procederá a efectuarle formalmente la imputación del hecho que se le atribuye*» (art. 271), que juntamente con el resto de las exigencias de la norma resultan condiciones más que suficientes para practicar dichas medidas con respeto a la garantía constitucional al derecho a la intimidad frente a la necesidad de investigación de un hecho punible y la vinculación de la persona sospechada como autor del mismo y que el código procesal expresamente le habilita al disponer que «[e] *l Fiscal de Instrucción practicará y hará practicar todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación, salvo aquellos que la ley atribuya a otro órgano judicial. En este caso, los requerirá a quien corresponda*» (art. 341).

En síntesis, puede afirmarse que en el ámbito de nuestra Provincia la solicitud de informes por parte del Ministerio Público Fiscal dirigida a compañías

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

telefónicas para requerir la geolocalización de una línea de teléfono móvil, así como el registro de llamadas entrantes y salientes, no implica una injerencia arbitraria en la esfera de la privacidad de las personas que atente contra lo dispuesto por los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación, ni tampoco contra la Constitución de Mendoza. En efecto, en tanto son los propios particulares quienes han decidido participar de la vida moderna a través del uso de dispositivos móviles, han contratado los servicios de compañías de telefonía móvil y en consecuencia entregan datos a ellas de manera voluntaria, no es posible sostener injerencia arbitraria cuando el órgano oficial de la persecución de delitos –Ministerio Público Fiscal- requiere aquella información, en tanto es *autoridad judicial* y dentro del ámbito del Poder Judicial. Ello, siempre que sea en el marco la investigación de un delito, en una causa judicial, y que existan motivos bastantes para vincular la línea telefónica sobre la que se requiere información con aquella investigación, los que deben estar consignados en la solicitud emitida al *respecto*. Por lo tanto, debe descartarse la validez de aquellas solicitudes realizadas por fuera de una causa judicial y las condiciones antes reseñadas, o para requerir información para poder dar origen a una o practicar seguimiento.

La solicitud a empresas de telefonía para que el pedido de geolocalización, así como el listado de llamados correspondientes a un determinado abonado, o una línea en particular, así como de esta última, no es, ni puede ser asimilada con una intervención telefónica. Con aquella solicitud no se «interviene» una línea en los términos del art. 229 del CPP, pues se trata de una prueba informativa que no vulnera garantía constitucional alguna, y en donde ninguna norma procesal impide su producción. Así se ha expedido un sector importante de la jurisprudencia al considerar que el listado de llamados es ajeno al dispositivo de telefonía celular (véase, en lo pertinente, fallo «Quinteros», de la Cámara Nacional de Casación Penal).

4. Sobre la motivación de los pedidos de incautación de datos.

En cuanto tiene que ver con el agravio casatorio relacionado a los concretos actos procesales que fueron anulados por el juez de la instancia previa en la causa principal, cabe señalar que también acierta la parte recurrente cuando afirma que, de las presentes actuaciones, surge la primera solicitud de extracción de datos de fecha 20 de noviembre de 2020 (obrante a fs. 307/309), como la segunda, de 3 de febrero de 2021 (obrante a fs. 484/486), han sido debidamente motivadas por el representante fiscal

interviniente. Si bien dicha medida no encuentra previsión legal expresa dentro de los medios de prueba en nuestro digesto procesal, no se advierte que sean imprecisas y vagas como afirmó el tribunal de la instancia previa.

En efecto, en esas solicitudes existe expresa mención de la causa en la que se solicita la medida, indicación de los datos completos de la víctima y pedido concreto y circunstanciado de apertura de extracción de datos de elementos secuestrados al momento de la aprehensión de ciudadanos sindicados, con indicación de los teléfonos móviles secuestrados sobre los que se peticionaba la medida, e, incluso, la metodología a utilizar y el personal técnico a cargo de la medida, perteneciente a la División Observaciones Tecnológicas de la Policía de Mendoza.

Seguidamente, y en lo que aquí interesa, se fundamentó la solicitud haciendo saber que dichos teléfonos fueron obtenidos de la requisita de los sindicados como autores de un hecho punible enrostrado, determinando seguidamente el objeto de la medida. A efectos de ilustrar al Juzgado Penal Colegiado y motivar la misma, en los pedidos se hizo una transcripción absolutamente detallada del hecho ilícito sucedido el 17 de noviembre de 2020, con todas sus circunstancias de tiempo, modo y lugar en donde resultaron víctimas Rosendo Lino Gorez y su esposa, ambos de más de noventa años, con indicación incluso de los elementos que les fueron sustraídos a éstas con el máximo detalle.

Posteriormente se detalló el accionar de los autores que se dieron a la fuga con la *res furtiva* a bordo de una camioneta y al ser advertidos por personal policial se desarrolló una persecución que terminó con la aprehensión de estos en el departamento de San Martín, previo efectuar disparos de arma de fuego contra los efectivos policiales. Se mencionó también el examen efectuado sobre las armas utilizadas y secuestradas de la División Balística de la Policía Científica. Por su parte, se consignó que dicho rodado registraba pedido de secuestro de un hecho delictivo ocurrido el día 12 de agosto de 2020 en autos N° P-59.342/28 en el que se investigaba un robo agravado.

Si bien el acápite del oficio del Ministerio Público Fiscal hace mención del hecho, de su atenta lectura surge claro, que el mismo no es sino una síntesis de lo actuado por el Ministerio Público Fiscal. Pues no solo se detalla el modo del suceso, sino también las medidas probatorias llevadas adelante a ese momento. Todo ello, impide sostener que dicho pedido se encuentre inmotivado, sea vago o impreciso, como sostuvo

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

el juez en función de apelación. Pues, no se trata de una actividad argumentativa, sino que **en forma concisa debe exponer el hecho punible, y establecer la vinculación con personas o cosas que justifiquen la medida.** Si esa **vinculación es directa** –como cuando se investiga un homicidio agravado por el uso de arma de fuego, y con el allanamiento del domicilio se busca el secuestro del arma homicida y la detención del sospechoso- no requiere explicación adicional a la descripción circunstanciada del hecho. Pero si, en cambio, esa **vinculación es indirecta o deducida por hipótesis investigativa o de complejidad**, entonces sí se deberá explicar razonablemente el probable nexo de vinculación que justifica la medida solicitada.

Por su parte, en fecha 26 de noviembre de 2020 (v. fs. 311), obra la orden del Juzgado Penal Colegiado que, por considerar pertinente la medida, la autorizó en los mismos términos en que fue peticionada. Téngase en cuenta que fue el propio juzgado quien elaboró el oficio al personal que la llevaría adelante, y así le fue comunicada por correo electrónico a la División Observaciones Tecnológicas (fs. 312). Además, que, por Secretaría del tribunal, se solicitó con antelación el turno correspondiente, para poder notificar a las defensas de los acusados.

Otorgado el turno, en fecha 30 de noviembre de 2020, se notificó telefónicamente (ver fs. 347), pero la defensa solicitó plazo para proponer perito de control, motivando la suspensión y solicitud de nuevo turno para el 1 de diciembre de 2020. En virtud de la negativa a ser notificados telefónicamente de ello, nuevamente pidieron plazo de ley para proponer perito de control (constancia de fs. 357), se vuelve a suspender la medida y se fecha para el 10 de diciembre de 2020 (ver constancia y decreto de fs. 362), notificándoseles esta vez por cédula que obra a fs. 363. Debido a un cambio en la defensa de alguno de los imputados, fue la propia Fiscalía quien decidió la reprogramación del turno originario para poder notificar a la nueva defensa (ver decreto del 9 de diciembre de 2020, obrante a fs. 407), reprogramada para el 18 de diciembre del mismo año (cédulas de fs. 409).

El día de mención, notificado a la defensa, y no existiendo en autos constancia de proposición de perito de control –únicamente se ha ejercido este derecho respecto del examen psíquico realizado a Luna Medina (ver fs. 443/444)- el personal técnico autorizado de la División Observaciones Tecnológicas elaboró un informe de extracción de datos de los teléfonos 1) Motorola GSM XT1970-3; 2) tarjeta SIM

PERSONAL N° 89543420119028647926, 3) tarjeta SIM CLARO N° 89543110194064356971; 4) tarjeta SIM CLARO N° 89543110194055787879 (agregado a fs. 449/471 de autos principales).

La imposibilidad de realizar la medida respecto de todos los teléfonos secuestrados o de acceder a la información en forma completa, motivó un informe acerca de la utilización de otras tecnologías (fs. 476/477) y el pedido de nueva orden jurisdiccional para practicar la medida. Esto, con devolución de los elementos objeto de ella (ver fs. 478).

La circunstancia referida motivó la nueva solicitud del Ministerio Público Fiscal de fs. 484/486, también nulificada por el juez de la instancia previa, que resulta idéntica a la anterior, pero con mención a la nueva tecnología a utilizar para proceder a la realización de la medida, de la que entiendo, por los mismos motivos que se expresaran antes, que se encuentra también debidamente motivada.

Correlato de este pedido, el 3 de febrero de 2021, el Juzgado Penal Colegiado (fs. 487 y vta.) autorizó nuevamente la extracción de datos, tal como fuera solicitada, en el entendimiento de la pertinencia, utilidad y relevancia para la averiguación de los hechos relacionados con el delito que se investiga. Agregó únicamente que la medida, dada su falta de previsión, debía adecuarse a lo normado por los arts. 227 y 228 del CPP, delegando la confección de los oficios en la Unidad Fiscal de Robos y Hurtos. La medida continuó el mismo procedimiento: oficios con solicitud de turno para la medida con antelación para notificación de la defensa. El Informe de dicha medida se agrega a fs. 615/633.

Ello no hace sino demostrar el acabado conocimiento de las medidas por las defensas y cómo se les aseguró el debido y oportuno ejercicio de la defensa.

Del recorrido seguido por la causa y circunscribiéndonos a los actos que fueron expresamente nulificados por el tribunal en función de apelación, a los que corresponde remitirse en honor a la brevedad, es posible afirmar que las órdenes de apertura de los teléfonos celulares fueron otorgadas por jueces penales en función de garantías del Juzgado Penal Colegiado, en ejercicio de su competencia, a requerimiento de quien tiene a su cargo la investigación penal preparatoria, y mediante solicitudes debidamente motivadas en los hechos punibles y la evidencia reunida. Se trata de una

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

motivación concisa, tal como se dispone para la sentencia en el art. 411, inc. 2 del CPP, pero suficiente a los fines requeridos. En este orden, debe considerarse que la propia Corte Federal ha admitido, en relación con el pedido de allanamiento, pero con consideraciones extensibles al presente caso, que es válida la orden jurisdiccional que fundamenta la medida en las constancias de los autos que motivaron el pedido (ver, en lo pertinente, CSJN, «Minaglia», Fallos 330:3801).

En conclusión, como expresa el recurrente los pedidos de incautación de datos has sido concisa, pero debidamente, motivados.

5.- Acerca de la indeterminación del alcance de las nulidades declaradas con relación a las actuaciones conexas a los actos anulados.

Sin perjuicio de lo ya expresado al tratar, sobre la competencia del juez en función de apelación (1), acerca de la pertinencia de examinar la situación del caso bajo el instituto de la exclusión probatoria (2) y acerca de la invocada facultad por parte del Ministerio Público Fiscal, de requerir directamente datos de geolocalización y/o planillas de llamadas (3), ahora nos circunscribiremos al tratamiento en concreto del análisis de aquellos actos procesales que el tribunal puntualizó y que fulminó de nulidad, es decir, los pedidos del Ministerio Público Fiscal de extracción de datos que obran a fs. 307/309, 484 y 486, como de las resoluciones dictados por la juezas autorizándolos de fs. 311 y 487 y vta., en los autos 85.765/20, «*y sus correlativos en las causas acumuladas*» y «*de todos los informes relacionados a dichas extracciones*»; se advierte *ictu oculi* que también le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que el tribunal en función de apelación no determinó los actos correlativos que anulaba en las causas acumuladas al expediente principal.

Jurídicamente, la manda procesal del art. 203 del CPP expresamente impone como solución que «[l]a nulidad de un acto cuando fuera declarada, hará nulos los actos consecutivos que de él dependan». Ahora bien, esa misma norma también dispone que «[a]l declararla el Tribunal interviniente establecerá, además, a qué actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por conexión con el acto anulado [...]».

Esta norma procesal regula los efectos nulificantes o colaterales de la declaración de nulidad y es cierto que dicha declaración de nulidad lleva implícita la de todos los actos posteriores que tengan conexidad o dependencia con dicho acto. Por

ejemplo, para un caso simple, la nulidad de la imputación formal torna nula la prisión preventiva ordenada.

Sin embargo, en un caso complejo, con varios hechos punibles investigados y vinculados en diversas causas separadas -aunque acumuladas o acollaradas -, con diversos imputados, la situación procesal no es de fácil determinación cuando se trabaja con la metodología del expediente (escrito o digital), por lo que aun cuando la ineficacia dictada pueda ser sobreentendida del modo en que lo fue respecto de los actos posteriores en la causa principal, ello no puede colegirse de idéntica forma en las causas acumuladas. En ellas, el tribunal en función de apelación debió aplicar la segunda regla de la norma referida, lo que se imponía desde que se trataba de otros procesos (expedientes) y, conforme ello, debió determinar e individualizar concreta y expresamente sobre qué actos procesales anteriores o contemporáneos al acto anulado se extendía aquella sanción de nulidad, con indicación precisa de la conexidad en cada causa.

En la metodología de audiencia oral se debe trabajar estrictamente con la técnica de litigación de la Teoría del Caso. Con mayor razón en casos de evidente complejidad como el presente, en el que se requiere orden y claridad en cada una de las intervenciones de las partes, como correlato de la efectiva posibilidad para analizar, valorar y decidir correctamente. En especial, porque se trató de una audiencia de oposición a la citación a juicio y no de una audiencia de control por pedido de exclusión probatoria, como sería recomendable que hubieran realizado, y oportunamente, agotando la discusión, antes que avance el trámite del proceso.

Debe recordarse que siendo la nulidad el reconocimiento jurisdiccional de la invalidez de un acto procesal, reviste las características de una verdadera sanción, la más grave e importante estructurada en la legislación procesal penal. Dada esa trascendencia, toda la preceptiva legal sobre la nulidad de los actos procesales, debe ser interpretada con carácter restrictivo, conforme el criterio unánime imperante en la doctrina y jurisprudencia.

Al respecto, basta con mencionar que es doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *«[s]ólo cabe pronunciarse por la anulación de las actuaciones cuando exista un derecho o interés legítimo lesionado, de modo que cause un perjuicio irreparable, más no cuando falte una finalidad práctica en su admisión. En*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

efecto, la nulidad por vicios de forma carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal. Su procedencia exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público» (Fallos 325:1404, 330:4549 y 334:1081, entre otros).

A ello, cabe agregar que «[l]a idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos» (Fallos: 315:677).

Nada de esto aconteció respecto de la errónea aplicación del régimen de nulidades –conforme lo analizado en forma precedente-, y las consecuentes nulidades declaradas en forma incorrecta -sin individualización- en las causas acumuladas. Como adelantáramos, además de resultar en sí mismo inválido, torna en dificultoso material y jurídicamente el adecuado control en esta instancia de la razonabilidad de la decisión adoptada respecto de aquellas actuaciones. Es competencia de este Tribunal en el caso, controlar, no el de investigar por falta de claridad de exposición, como en los sistemas inquisitivos o mixtos.

Como se señalara, la defensa planteó la nulidad de los pedidos de geolocalización de los teléfonos celulares por resultar solicitados únicamente por el Ministerio Público Fiscal y entender que requerían de una orden judicial, y, a raíz de ello, la nulidad del informe de UDAPIF. El tribunal en función de apelación, por su parte, entendió que los datos surgían, entre otros, de la geolocalización y de la apertura de los teléfonos, considerando que los datos de tráfico son de suma importancia.

Ello es parcialmente correcto, pues como bien apuntó el fiscal en la audiencia del recurso de apelación, dicha información fue solicitada y recibida con anterioridad a la apertura de los teléfonos (ver a modo de ejemplos contestación de los oficios N° MZ 4026/20 de información de ex Nextel de fecha 1 de diciembre de 2020 de

fs. 376/377 y N° 963105 de información de Telefónica de fecha 1 de diciembre de 2020 de fs. 378 y vta. de la Dirección de Asistencia Judicial de Delitos Complejos y de Crimen Organizado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos principales) y no fue nulificada por el juez. Asimismo, conforme plantea la defensa, dicha información formó parte del informe de UDAPIF y permitió las imputaciones.

Este detalle efectuado, no hace sino confirmar la generalización en la que incurrió el juez *a quo* en el dictado de la nulidad que es materia aquí de control, así como de sus consecuencias en el marco de las investigaciones desarrolladas en las causas conexas a la principal. Déficit que no sólo impide a las partes, específicamente al Ministerio Público Fiscal advertir las razones que justifican la extensión de la sanción procesal, sino también, que este Cuerpo pueda, eventualmente, ejercer su competencia en esta etapa extraordinaria. Lo contrario, llevaría a esta instancia a complementar la actividad jurisdiccional del juez en función de apelación, que debió, primero, evaluar el mérito probatorio en cada una de las causas de la medida probatoria nulificada y, segundo, decidir articuladamente sobre los pedidos de nulidad que fueron incoados por la defensa.

Conforme lo expuesto, el agravio articulado en relación con el punto la falta de precisión de la parte resolutive al individualizar únicamente los actos procesales nulificados de los autos P-85.765/20, sin determinar los otros actos que adolecen de la misma sanción en las actuaciones acumuladas, también debe prosperar.

6. Respecto de la trascendencia de las nulidades declaradas en el estado procesal de algunas de las causas conexas

Asimismo, cabe señalar que, al resolver la oposición al requerimiento de citación a juicio, el Juzgado Penal Colegiado, mediante auto de fecha 22 de agosto de 2022, dispuso, además del rechazo de las nulidades articuladas por las defensas y la elevación a juicio de todas las causas antes referenciadas. Decisión que, como se dijo, no ha sido materia de nulidad por el juez de apelación.

El juez de apelación, dejando firme aquella elevación a juicio, en orden al efecto difusivo que le diera a la nulidad dictada en el resolutive II de la decisión de fecha 10 de noviembre de 2022, dispuso una nueva elevación a juicio en algunas causas y respecto de algunos acusados, y ordenó la remisión a la Fiscalía interviniente en los

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

restantes para que evalúe el mérito de la causa conforme a la nueva conformación del cuadro probatorio que resultara de la decisión adoptada en el marco del recurso de apelación de la defensa.

Conforme surge de las constancias comprobadas de la causa, y de acuerdo con el análisis efectuado en el apartado precedente, es ostensiblemente manifiesto que la decisión cuestionada ha excedido el ámbito de la materia del recurso.

7. Acerca de la alegada arbitrariedad de la decisión cuestionada.

a.- Falta de consideración de las particularidades que presenta la evidencia digital, y su impacto en el razonamiento atacado

Entendemos que también debe prosperar el agravio casatorio que identifica, como una de las razones que denotan la arbitrariedad del resolutivo impugnado para anular las actuaciones procesales cumplidas en la causa principal y sus acumuladas, el desconocimiento del tribunal de la instancia anterior sobre las especiales características y cualidades que presenta la evidencia digital. Particularmente, en cuanto tiene que ver con la naturaleza de la evidencia digital, y las consecuentes particularidades que se presentan para la captación, almacenamiento y análisis de la información que se presenta en formato digital. También, para introducir esa evidencia digital en juicio.

Valga en este sentido mencionar que, a diferencia de lo que ocurre con los bienes tangibles, por ejemplo, un arma de fuego o estupefacientes, la evidencia digital no es la computadora o el celular, sino que son los datos almacenados en tales dispositivos electrónicos. Así, como bien lo refiere el Ministerio Público Fiscal, previo a la apertura de un teléfono celular, así como cualquier otro dispositivo electrónico, por caso una computadora, resulta imposible, o al menos de extrema dificultad, determinar de antemano cuál ha de ser su contenido. Claro está que, en el caso analizado, la limitación viene dada por el curso de la causa donde la medida se ordenó, y es así como fue plasmado, tanto por el Ministerio Público Fiscal, como por las juezas del Juzgado Penal Colegiado intervinientes.

Por estas razones se considera que los actos que han sido nulificados han sido dictados en absoluto respeto del ordenamiento procesal vigente y de las garantías constitucionales, dictadas por el Juzgado Penal Colegiado en la órbita de su competencia y con la debida evaluación de la procedencia, pertinencia y necesidad de la medida en

aras de la averiguación de la verdad conforme los delitos investigados, y en consecuencia corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en el Punto I. A ello, debe sumarse que las partes pudieron controlar la corrección de la medida, pues les fue notificada con la debida antelación, y que la información surgida ha estado a disposición de aquellas. Por ello, pudieron ejercer el control simultáneo al momento de practicarse la medida, como el control posterior de los datos obtenidos.

De tal manera, y como ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación «[s]olo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen» (Fallos: 306:1892; 316:703 entre otros). Así, conforme a ello, es el juez quien debe determinar la injerencia en dicho ámbito de intimidad que requiere la mayor protección, no se advierte que se haya procedido en el caso, más allá de lo que autoriza el arts. 15 y 149 de la Constitución de Mendoza, interpretadas armónicamente con las normas del código procesal penal, que si bien no existe *texto expreso de la ley* que reglamente específicamente este tipo de medida, las juezas han aplicado los principios jurídicos de la legislación procesal vigente en la materia respectiva que aseguran el derecho a la intimidad y de reserva, como autoriza el art. 149 de la C. de M. proceso interpretativo; además, como se explicó, en el caso ha acontecido, asegurándose el efectivo ejercicio de la defensa durante la práctica de la medida mediante perito de control, lo que le habilitaba la solicitud de control jurisdiccional sobre cualquier dato que entendía no podía ser extraído. Aspecto que también demuestra el déficit de motivación de la decisión cuestionada por la parte quejosa.

b.- Citas jurisprudenciales y su aplicabilidad al caso concreto

Tal como se desprende de la visualización de la audiencia oral de apelación, como de aquella donde la parte recurrente informó el recurso de casación articulado, el Ministerio Público Fiscal cuestionó las razones invocadas en la decisión impugnada para aplicar la jurisprudencia nacional e internacional, mientras las defensas, por su parte, coincidentemente se expresaron por la validez de esa argumentación y sobre la corrección del fallo en cuanto a la cita de los precedentes utilizados por el juzgador.

El Código Fundamental de la República establece que la forma de gobierno adoptada (decidida en la convención constituyente y mantenida durante el

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

tiempo) es la declarada como ***representativa republicana federal***, en el art. 1 de la Constitución Nacional, que la misma disposición dice que lo es ***según la establece la presente Constitución***. Con lo cual, no solo rotula al modelo con un sintagma jurídico (representativo republicano federal). Sino que también establece la fuente de conocimiento de cómo es y cómo funciona ese (nuestro) sistema de gobierno: la letra de la misma Constitución. Con ello se descarta toda construcción basada en la opinión universal de los autores, u otros regímenes políticos o modelos (voto de la mayoría en “IBAÑEZ BENAVIDEZ”, plenario de prisión perpetua).

Las características de nuestro modelo de separación de poderes es de “frenos y contrapesos”, y el no percibir la diferencia lleva en muchos casos a planteos ajenos a nuestro modelo, fundados en la idea errada que rige la división de poderes por encima del texto de la Constitución y que cada poder constituido tiene la totalidad de la función asignada.

En tal sentido es conveniente siempre tener en cuenta la postura de la Corte Suprema en el caso “Fontevéchia” sobre la *cláusula argentina* o el *margin de apreciación nacional* y la necesidad de estar «*en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución*» (art. 27 CN) («Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevéchia y D'Amito vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos»).

En cuanto a las pautas constitucionales establecidas, tenemos en primer lugar el principio de supremacía constitucional en el art. 31 CN a la que todos (los poderes constituidos federales, las provincias, los ciudadanos y habitantes) estamos sometidos, estableciéndose la equiparación jurídica de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, con distribución de competencias, asignando una función principal a cada uno de ellos, de forma tal de lograr mantener el equilibrio jurídico, con ejercicio recíproco del control, con superposición funcional en colaboración (acuerdos) o no (veto de la ley o control de constitucionalidad de la misma) o el sucesivo ejercicio del tramo de una función por otro poder (el de establecer las penas -legislativo-, el imponerlas -judicial- o el indulto o conmutación de ellas -ejecutivo), y expresas prohibiciones (por ejemplo: art. 29 y 109) (“Ibañez Benavidez”).

Sin embargo, a los jueces de la provincia de Mendoza se le ha establecido pautas expresas constitucionales para la toma de las decisiones judiciales, que siempre

deben tener presente en el proceso de interpretación, se trata de un “deber jurídico reforzado” (“Carpintero”) impuesto por los art. 148 y 149 de la C. de M...

Entonces, debemos realizar una interpretación operativa, «de tal manera que la decisión interpretativa que adopte resultará de una operación lógica justificada por referencia a las directivas interpretativas que utilice como reglas para comprobar el significado del texto normativo ...», ello porque siendo nuestro sistema jurídico de tipo normativo (principio normativo constitucional -art. 1 C .N.-, principio normativo convencional -art. 31 de la Convención de Viena- y principio normativo legal – art. 19 de la CN. y art. 34 de la C. de M.), que constituye un ordenamiento jurídico, por lo que «jurídicamente sólo es posible y conveniente una interpretación normativa dentro del sistema jurídico vigente, porque tenemos como presupuesto que dicho sistema jurídico es consecuencia de un derecho democrático; es decir, que cuenta con legitimidad democrática de origen y con legalidad democrática de ejercicio (formal y sustancial, de manera ininterrumpida desde 1983); y como condición, que ese sistema jurídico expresamente establece la supremacía de las normas y la obligación de cumplirlas», ello según el art. 112 de la CN y arts. 148, 149 y 157 de la C. de M. (también la mayoría de la SCJM in re “Carpintero”).

Pero, así como país establece su modelo de gobierno, determina sus qué poderes constituidos y con qué características, determina su integración, competencias y atribuciones y sus funciones, como así también se establecen vinculaciones diversas. Eso no debe sorprender, porque en cada caso, las reglas de organización, gobierno y funcionamiento responden a procesos históricos y ello lleva a que la ciencia jurídica tenga o debería tener desarrollos equivalentes a las disposiciones establecidas en sus constituciones y leyes.

De esta manera, toda operación de interpretación normativa que se precie de tal debe reconocer que la principal y primera fuente de derecho son las disposiciones constitucionales, convencionales con jerarquía constitucional, y demás normas convencionales y legales, de acuerdo con el orden de prelación -o jerarquía- constitucionalmente establecido (art. 31 de la Constitución Nacional, art. 148 de la Constitución de Mendoza). Forzoso entonces es decir que las decisiones judiciales adoptadas en la resolución de casos, no integra la primera fuente de interpretación normativa, pues no participa de ninguna de las características que son propias y

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

atributivas de la ley.

En tal sentido, se expresó -en cuestión vinculada con la separación de poderes- que en nuestro sistema de gobierno, nunca la función jurisdiccional (como la de los otros poderes) y, por tanto, la competencia de los jueces, puede estar determinada por la idea filosófica, académica o política que se tenga de cómo debería ser la misma y en base a ello pretender mutar nuestra separación de poderes a otro modelo de separación o división de poderes rígido y estricto por función. Sino que, por el contrario, estamos obligados por las normas de la Constitución y, a partir de su propio texto, a que según cómo se asigna la función principal a cada poder y establecen las atribuciones para el equilibrio y control recíproco entre ellos las que determinan la función jurisdiccional, legislativa y ejecutiva. Nuestra separación de poderes como está diseñada es un principio de derecho público al cual el Gobierno Federal (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) debe asegurar su conformidad con ellos incluso en el caso de los tratados internacionales o regionales (art. 27 CN), con mayor razón respecto a toda postura que los jueces pretendan introducir en nuestro derecho sustentada en argumentos fundados en teorías, doctrinas o jurisprudencia extraña a nuestro sistema constitucional («Ibáñez Benavidez»).

A modo de ejemplo, y para advertir la importancia de lo dicho, tomaremos un modelo, el de la Ley Fundamental Alemana, atento a la amplia influencia en Latinoamérica de las escuelas jurídicas y la doctrina de ese país. Así, en su artículo 20. 3, dispone que «*El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho*». En esta cláusula se advierte no sólo que este modelo responde a la idea de *división de poderes* sin igualdad jurídica entre ellos, propio del desarrollo histórico del paso de la soberanía del monarca a la soberanía del parlamento, del cual estamos jurídicamente alejados. Sino que, además, el denominado Poder Judicial está sometido a la *ley y al Derecho*, donde se evidencia que la idea del Derecho no es idéntica a la ley y su desarrollo no depende ni tiene porqué responder a las disposiciones de la ley, sino que es o puede ser obra de la construcción de los juristas y se corresponde a la idea concretada en el sintagma Estado de Derecho expresado por primera vez por el autor alemán Robert von Mohl en su obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, publicada en 1832-1833 (DIAZ, Elías; “*Estado de Derecho y sociedad democrática*”; Ed. Taurus; Madrid, España; 1981; p. 31), que ha

sufrido una permanente evolución y que hoy es de uso habitual. Aunque con tal denominación se pretende introducir en nuestro país, otras ideas, concepciones y/o preferencias elaboradas por fuera de los órganos predispuestos en nuestro país para sancionar disposiciones normativas, como si existiera un modelo ideal al cual deben adscribir mundial y obligatoriamente todos los países. Una especie de *iusnaturalismo*.

Entonces, podemos decir que, en el modelo alemán, la ciencia jurídica debe responder más a la pregunta general y “global” de “¿qué es el derecho?” (“*quid est ius?*”); mientras que en nuestro medio, apoyándonos en Kant, lo que debe ser derecho en un lugar y en un tiempo determinado (“*quid sit iuris*”) (RÜTHERS, Bernd; “*TEORÍA DEL DERECHO. Concepto, validez y aplicación del derecho*” -Título original: “*Rechtstheorie Begriff, Geltung und Anwendung des rechts*”; München, CH Verlag, 1999, Traducción de Minor S Salas); Ed. Temis – Ediciones Olejnik; Argentina; 2018; p. 31).

Estas que parecen ser simples y sutiles diferencias, se multiplican con los diversos países, las distintas escuelas jurídicas, etc. etc., que trae como consecuencia visiones, teóricas y/o prácticas, que por momentos se tornan ininteligibles y que complejizan aún más la realidad, en lugar de hacerla más entendible y mejorar la calidad de vida, pero que tienen una alta influencia en la decisión de los jueces o se pretende que la tengan. Se ponen en debate problemas que son ajenos, o que no responden a nuestra realidad porque tienen otras características y por supuesto, las soluciones que se proponen para resolverlos se pretenden imponerlas como una razón universal en un medio o tiempo donde no existe la cuestión planteada, o es sustancialmente distinta la realidad, pero al no tener idéntica no produce los mismos efectos y pueden resultar contraproducente su adopción.

Nos hemos referido, al analizar la situación jurídica y posición institucional del Ministerio Público Fiscal dentro del ámbito del Poder Judicial en nuestra provincia, y su calidad como *autoridad judicial*, cómo impacta, ya que lo dota de una fortaleza institucional que, por ejemplo, no existe en Estados Unidos, aunque sean órganos muy poderosos en ese país. Entonces, la válida y permanente preocupación, que compartimos, por el derecho a la intimidad y la necesaria garantía consecuente contra su lesión contra toda injerencia o intromisión arbitraria o abusiva en la vida privada, tiene como motivación que un poderoso Estado, que tiene un poderoso Gobierno (ejecutivo) tiene bajo sus órdenes a la policía, actúan en su ámbito los fiscales y con el desarrollo de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

los medios tecnológicos y la vida moderna requiere poner una contención a la posibilidad de seguimiento, del almacenamiento de la información y utilización como base de datos y el peligro que ello significa para el derecho de las personas y en especial para su privacidad, circunstancia que no tiene la misma característica en nuestro medio, no sólo por las diferencias económicas y de poder real, sino fundamentalmente por la situación institucional del Ministerio Público Fiscal en nuestra provincia.

En definitiva, tanto los casos resueltos y la valiosa jurisprudencia a nivel nacional, como extranjera citada por la defensa antes de poder aplicarla al caso concreto debe acreditarse la pertinencia por las evidentes diferencias institucionales, de poder de los casos y no sólo buscarse simples similitudes en los hechos punibles y actuación de los órganos predispuestos en la investigación propio del análisis del micro proceso, sino las grandes estructuras institucionales y de poder real, el macro proceso.

En cuanto tiene que ver los límites fácticos, las limitaciones a la aplicación de antecedentes jurisprudenciales surgen de las particulares y excepcionales circunstancias que rodean el caso a resolver. Pues serán ellas las que en principio y racionalmente consideradas, permitan o impidan la aplicación de resoluciones emitidas en el marco de procesos judiciales esencialmente distintos al que transita el caso bajo nuestro conocimiento. Situación que se complejiza aún más cuando se pretende resolver casos en la órbita local a partir de decisiones jurisdiccionales extranjeras, que han sido adoptadas dentro de procesos judiciales desarrollados bajo la órbita de un sistema de gobierno diverso al nuestro, que presenta una estructura organizativa e institucional diferente, además de un sistema jurídico disímil que -por definición- se muestra alejado del aquel que rige los procesos penales en la órbita federal y local de nuestro país (*common law / civil law*).

Por lo cual, sin pretender agotar el tema, la práctica del precedente, como actividad mediante la cual se entiende que “el caso” que pende de decisión tiene un precedente, es decir, que hay una decisión de un caso como el actual que precede a éste que lo resuelve de determinado modo, y que a ella debe sujetarse, precisa necesaria e indubitablemente que el operador jurídico verifique ex ante que el caso (o cuestión debatida) es substancialmente parecido –no idéntico, porque eso es utópico e improbable- al del anterior, es decir, a aquel resuelto precisamente en el precedente aplicado. Y así debe aparecer fundado por quien hace esa interpretación fáctica y la

consiguiente aplicación jurisprudencial.

En otras palabras, debe describirse por qué los casos presentan esa similitud o analogía, dar razones precisas y completas que, alejadas de meras afirmaciones dogmáticas o interpretaciones ideológicas, así lo justifiquen, donde se contemple los antecedentes de esos casos, el contenido de las normas en juego, entre otros aspectos relevantes. Luego, si esa expresión de motivos demuestra adecuadamente la analogía substancial, allí será posible extrapolar ciertos y limitados conceptos que aparecen desarrollados en el antecedente jurisprudencial invocado para respaldar la solución del caso a resolver. En sentido inverso, cuando ese análisis comparativo no determina racionalmente una similitud substancial casuística, dado el contexto fáctico – además del normativo- que rodea a la decisión que se adopta, no resulta posible invocar el o los precedentes que se trate. Pues ello importaría un caso de “asimilación improcedente” que necesariamente afecta la fundamentación de lo resuelto –caso de arbitrariedad-.

Aquí no debe soslayarse que, a diferencia de las leyes –que, en general, estatuyen para más de un supuesto específico, y para el futuro-, las sentencias resuelven concretamente un caso o controversia (art. 116 de la Constitución Nacional), constituido por un hecho o grupo de hechos y circunstancias que, junto con lo pedido por las partes intervinientes, define el caso a resolver, y limita la competencia del tribunal.

De ahí que cuando en una sentencia se elabora la solución a adoptar, esto es, para resolver el caso, lo hace a la luz de los hechos alegados y probados. Por ende, para establecer qué se decidió en un caso, debemos guardar apego a sus hechos y, en principio, ceñir la solución a esos hechos. Por el contrario, si el intérprete –en este caso, el o los jueces que integran el tribunal que debe resolver- prescinde de estos hechos, o si los reformula de un modo genérico, de modo de “presionar” o “forzar” la pretendida asimilación substancial, de modo tal de permitir la interesada utilización y aplicación de un precedente, incurre en el error de interpretar la sentencia “como si” fuera una ley”, abstrayéndola de las específicas circunstancias que motivaron ese particular pronunciamiento –“el antecedente”-, en especial cuando se trata de fallos de extraña jurisdicción.

b.1. Sobre los precedentes nacionales.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

En ese entendimiento, debe decirse que el precedente «Halabi» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 332:111), citado por el juez de la instancia previa como argumento para fortalecer su decisión, no tiene el alcance pretendido.

En el caso Halabi, no puede desconocerse que al momento de tal causa el gran problema existente en argentina era que quien realizaba las operaciones era la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE y ello implicaba que el aparato de inteligencia dependiente del poder político (ejecutivo) era quien tenía el manejo real de la información y el peligro de la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales. Como no compartir la preocupación y la solución, pero no es nuestro caso.

En efecto, en aquella oportunidad la Corte Federal se pronunció en relación con un recurso promovido por el Estado Nacional en tanto pretendía que se revocara un pronunciamiento de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había confirmado la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 2 de la ley 25.873 y del decreto 1.563/04 (que fuera derogado por el decreto 357/05).

En el caso, Ernesto Halabi había promovido acción de amparo reclamando que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, en virtud de considerar que sus disposiciones vulneraban las garantías establecidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación, en cuanto autorizaban la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet sin que una ley determinara en qué casos y con qué justificativos. Alegó que esa intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, a la par que menoscaba el privilegio de confidencialidad que, como abogado, ostentaba en las comunicaciones con sus clientes.

La Corte Federal rechazó el recurso del Estado Nacional y confirmó la sentencia de la instancia anterior. Como es sabido, el fallo de la Corte resulta de importancia en relación con las acciones de clase pero, en lo que aquí interesa, debe señalarse que la Corte refirió que lo resuelto por los jueces de la causa se ajustaba a los requisitos que conforman el estándar sobre libertad que enunció (en el considerando 25) y que imponía la aplicación de criterios de interpretación restrictivos en el examen de las interceptaciones de las comunicaciones personales.

Así, expresó que las normas cuestionadas habían establecido una restricción que afectaba una de las facetas del ámbito de la autonomía individual que constituye el derecho a la intimidad, por cuanto sus previsiones no distinguían ni precisaban de modo suficiente las oportunidades ni las situaciones en las que operaban las interceptaciones, toda vez que no especificaban el tratamiento del tráfico de información de Internet en cuyo contexto es indiscutible que los datos de navegación anudan a los contenidos. Destacó, además, la circunstancia de que las normas tampoco preveían un sistema específico para la protección de las comunicaciones en relación con la acumulación y tratamiento automatizado de los datos personales. Que como anticipamos estaba dado por quien en aquel entonces realizaba las operaciones y de quien dependía.

De tal manera, entendió que era inadmisibles que las restricciones autorizadas por la ley cuestionada estuvieran desprovistas del imprescindible grado de determinación que excluya la posibilidad de que su ejecución concreta por agentes de la Administración quede en manos de la más libre discreción de estos últimos. Esta afirmación tenía relevancia en tanto desde 1992 era la Dirección de Observaciones Judiciales de la SIDE, que actuaba en ese momento bajo la órbita del poder político, la que debía cumplir con los requerimientos que formule el Poder Judicial en orden a la interceptación de comunicaciones telefónicas u otros medios de transmisión que se efectúen por esos circuitos (considerando 26).

En cuanto al referido estándar sobre libertad, la Corte refirió que sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892; 316:703, entre otros). De tal manera, expresó que en este marco constitucional debía comprenderse, en el orden del proceso penal federal, la utilización del registro de comunicaciones telefónicas a los fines de la investigación penal que requería de una orden emitida por un juez competente mediante auto fundado (confr. art. 236, segunda parte, del Código Procesal Penal de la Nación, según el texto establecido por la ley 25.760), de manera que el común de los habitantes está sometido a restricciones en esta esfera semejantes a las que existen respecto a la intervención sobre el contenido de las comunicaciones escritas o telefónicas. A ello, agregó que aquella norma concordaba con el art. 18 de la ley 19.798 (considerando 25).

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Como se advierte, la plataforma fáctica respecto a la que se expidió la Corte Federal en aquella oportunidad, difiere de la que origina la presente causa. Aspecto que determina la inexistencia de similitud substancial casuística entre ambos y, por ende, la aplicación del fallo nacional como precedente para fundar la decisión cuestionada en las presentes actuaciones.

Entonces tenemos: en primer lugar que, en «Halabi» de lo que se trataba era de la validez, o no, de los arts. 1 y 2 de la ley 25.873 y del decreto 1.563/04. Por su parte, lo que resolvió el juez de la instancia previa en esta causa se relaciona con la fundamentación de las órdenes jurisdiccionales.

En segundo lugar que, en «Halabi» el Máximo Tribunal hizo referencia al art. 236 del CPPN (ley 23.984), el que sólo tiene alguna coincidencia con nuestro art. 229 del CPP, en cuanto que la intervención de las comunicaciones del imputado requiere orden jurisdiccional. Pero a diferencia de nuestra regulación procesal, en el ámbito del Código Procesal de la Nación, se prevé—con la modificación introducida a esa norma por ley n° 25.760- que también requiere autorización judicial *«la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comunicaran con él [en relación al imputado]»*, ampliando así la posibilidad de injerencia hacia los terceros que se comuniquen con el imputado —lo que no ocurre en autos con las solicitudes de geolocalización solicitadas-.

En el presente caso, para el registro de comunicaciones, existió orden, en dos ocasiones, por los motivos que fueron explicados, y esas órdenes, como se dijo, resultaron suficientemente fundadas. Además, los recaudos que la Corte Federal destacó que debían tenerse en cuenta, en función del planteo que analizaba, iban dirigidos esencialmente hacia la Administración. De tal manera, y con las observaciones realizadas, es posible afirmar que lo resuelto en la instancia del Juzgado Penal Colegiado, al momento de resolver la oposición al requerimiento de citación a juicio y las nulidades interpuestas, en nada se oponen a lo resuelto por la Corte Federal en «Halabi».

En tercer lugar que, sin perjuicio de esa falta de analogía sustancial entre las referidas plataformas fácticas que conformaron los objetos procesales de ambas actuaciones, lo cierto es que la imposibilidad de utilizar el fallo nacional como precedente jurisprudencial en respaldo de la decisión impugnada encuentra otro motivo más: el Fallo «Halabi» fue pronunciado por la Corte Federal en el marco de un sistema procesal

mixto, el del Código Procesal Penal de la Nación, conforme lo dispone la ley 23.984, donde el fiscal tiene a cargo la investigación por delegación, y en donde se realiza una remisión a la letra del art. 236 de la ley adjetiva nacional –intervenciones telefónicas– que, no sólo no se encuentra vigente, sino que, además, difiere de lo establecido por nuestro ordenamiento procesal. Modelo de enjuiciamiento penal que, en el ámbito federal, ha mutado hacia la adopción de un sistema acusatorio, que pone en cabeza del Ministerio Público fiscal de la Nación la conducción de la investigación, a cuyos integrantes le corresponde –entre otros– la carga de la prueba y el deber de probar en el juicio oral y público los hechos que fundamentan su acusación (art. 90 ss y cc del CPPN, según el texto establecido por la ley 27.063).

En cuarto lugar, y , sin desconocer que –además– la geolocalización a través de datos generados por las celdas de conexión no es una medida probatoria específicamente regulada en el Código de Procedimientos, que se trata de la mínima intervención en la intimidad de la persona y que el fiscal en nuestro medio es una *autoridad judicial competente* (art. 15 y conc. C. de M.) y la posición institucional de fortaleza que el Ministerio Público Fiscal tiene en Mendoza, como antes hemos referido.

b.2. Sobre la jurisprudencia norteamericana.

Por lo tanto, le asiste razón al Ministerio Público Fiscal cuando afirma que la cita jurisprudencial que realiza el juez de la instancia anterior respecto de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el mencionado fallo «Halabi», no puede ser considerada para dar fundamento a la decisión objeto de impugnación en los presentes autos.

Por su parte, tampoco resultan de aplicación al caso los precedentes de la Corte Suprema de Estados Unidos citados por la defensa para fundamentar la razonabilidad de la resolución de la instancia previa.

En cuanto al precedente «Estados Unidos v. Jones», debe señalarse que la plataforma fáctica del caso difiere notablemente del presente. En efecto, en ese caso se había conectado un dispositivo GPS al automóvil de un sospechoso para monitorear sus movimientos. El GPS había sido autorizado por una orden judicial por el término de diez días, pero la vigilancia se la estimó como excesiva, por ser de más de veintiocho días. Tal accionar, referido a adjuntar un dispositivo GPS y luego utilizar los datos aportados, fue

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

valorado por el Tribunal como una búsqueda que violaba la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., «En busca de la privacidad perdida. “Carpenter vs. Estados Unidos”», La Ley, suplemento del 22 de marzo de 2019).

Por su parte, en el caso «Ryley v. California» el Tribunal se expidió sobre la búsqueda e incautación de datos almacenados en un teléfono móvil durante el arresto de Ryley, que había sido detenido por la policía después de encontrar en su automóvil dos armas utilizadas en un tiroteo. Durante el arresto se investigó su teléfono sin orden judicial y la información surgida de él permitió inferir que Riley estaba relacionado con actividades ilegales. El Tribunal resolvió que era necesaria una orden para acceder a los datos de un teléfono móvil. Debe decirse, además, que el caso también giró en cuanto a lo que denomina la «doctrina de terceros», según la cual, una que el usuario revela los registros a una compañía, por ejemplo de teléfonos móviles, a las torres de telefonía celular, renuncia a su expectativa de privacidad (ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., op. cit.).

En cuanto al precedente «Carpenter», referido en la jurisprudencia nacional citada por la defensa, debe destacarse que en ese pronunciamiento la Corte Suprema de Estados Unidos se expidió en relación con la justificación que se requería para habilitar el acceso de a los datos de geolocalización del teléfono celular de un acusado. En una ajustada mayoría de cinco votos contra cuatro, se expidió y estableció que la orden judicial emitida bajo el *Stored Communications Act* no resultaba suficiente para habilitar el acceso a los datos de geolocalización del teléfono celular de uno de los acusados en la causa -Carpenter-, ya que resultaba necesario contar con una orden judicial con un estándar superior, el mismo que se requiere en caso de allanamientos, es decir un *warrant* emitido con fundamento en una causa probable (ver, al respecto, TRAVIESO, Juan A., op. cit.).

Los hechos del caso fueron los siguientes. En 2011, la policía federal detuvo a un hombre acusado de asaltar algunos comercios. Al ser interrogado, identificó a otras personas que habrían participado en varios otros robos en los meses anteriores, incluyendo a Timothy Carter. En estas circunstancias, la policía le solicitó a un juez que emitiera una orden judicial con fundamento en la *Stored Communications Act* (Ley de Comunicaciones Almacenadas) para obtener datos de la ubicación del teléfono celular de

Timothy Carpenter. Esta ley permite la obtención de información acerca de telecomunicaciones cuando existan fundamentos razonables para creer que son relevantes y materiales para una investigación penal. El juez concedió la orden y se recolectó información acerca de las celdas a las que el teléfono celular de Carpenter se conectó, indicando los momentos de inicio y finalización de sus llamadas por un período de cuatro meses.

Posteriormente, Carpenter fue acusado de cometer una serie de robos a mano armada. Antes del inicio del juicio, su defensa solicitó que se declarara inadmisibles la información de geolocalización obtenida de su teléfono celular alegando que tal acceso importó una violación a su derecho constitucional a la privacidad. El tribunal de primera instancia rechazó la petición. Durante el trámite del juicio, el fiscal utilizó esta misma información para establecer que el teléfono celular de Carpenter había estado en las cercanías de los cuatro lugares en los que se cometieron los robos, mientras estos ocurrían. Eventualmente, Carpenter fue declarado culpable y condenado a más de 100 años de prisión. Oportunamente, la Cámara de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos confirmó la decisión del tribunal de primera instancia.

La defensa de Carpenter planteó un recurso de *certiorari*, que fue aceptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En una decisión que difiere de los lineamientos sentados en algunos precedentes del mismo tribunal, revocó el fallo apelado y devolvió el expediente a la instancia inferior para que se tomen medidas consistentes con esta nueva decisión

Ahora bien, debe decirse que, conforme fuera analizado en forma precedente, e nuestro sistema de organización institucional, dada la ubicación orgánica y estructural del Ministerio Público Fiscal, no resulta posible asimilar o establecer una similitud substancial entre el caso de autos con aquellos resueltos en los precedentes de la jurisprudencia norteamericana referenciada por el *a quo*. Pues, dado que en nuestro sistema, el Ministerio Público Fiscal es un órgano independiente que conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial, lo que impide asimilar e identificar su actuación con el gobierno de turno -léase Poder Ejecutivo-, no resultaría extensible al presente caso la preocupación puesta de manifiesto por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América. En el fallo “Carpenter”, para limitar el acceso a los registros históricos de teléfonos celulares por las agencias de Gobierno a cargo de las

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

investigaciones criminales, específicamente de los funcionarios policiales. En otras palabras, para evitar que el *Gobierno norteamericano* acceda y obtenga información de evidente contenido sensible de sus conciudadanos, en forma ilimitada, irrestricta e incontrolada o incontrolable.

Pero este no es el caso que motiva el decisorio cuestionado en autos, pues las inferencias respecto de la vinculación de las personas cuya intimidad habría resultado, a criterio del *a quo*, vulnerada, con actividades ilegales, surgieron de investigaciones fiscales, por hechos delictivos denunciados, a cuyas denuncias le siguieron elementos probatorios de diversa índoles que, según el criterio de los agentes fiscales, justificaba los pedidos de extracción de ciertos y precisos datos, determinados por su relación con el caso investigado, de los teléfonos celulares secuestrados. Siempre, sobre la base de considerar las características que son inherentes a la evidencia digital, y las particularidades que ello determina a la hora de la pesquisa correspondiente.

Como claramente se advierte, ninguno de los pronunciamientos de la Corte estadounidense guardan relación esencial con lo que aquí se discute, lo que impide su aplicación.

En primer lugar, debido a que el sistema de organización del Ministerio Público Fiscal en Estados Unidos es diferente al de nuestra Provincia. Mientras que en el país norteamericano el Ministerio Público Fiscal se encuentra en la órbita del Poder Ejecutivo, en Mendoza -reiteramos- conforma y desarrolla sus funciones en el ámbito del Poder Judicial (art. 1 de la ley 8.008, modificada por la ley 8.911). Esta primera perspectiva hace que las consideraciones referidas por el Tribunal estadounidense no resulten de aplicación, sin más, a nuestro sistema judicial.

En segundo lugar, lo que se debatía en el fallo «Carpenter» se relacionaba con el nivel de justificación exigido en la orden judicial sobre la base de legislación de aquel país, mientras en el presente caso, el punto de partida, en cuanto a la legislación procesal, es diferente. En efecto, el caso referido de Estados Unidos, se discutía acerca de la necesidad de contar, o no, con un *warrant*, esto es, una orden judicial que llegue al estándar de «causa probable» -*probable cause*-, tal como se requiere para la emisión de una orden de intervención telefónica o de allanamiento.

Aún así, a la luz del precedente «Carpenter», puede afirmarse que las

resoluciones jurisdiccionales de fs. 311 y 487 de autos 85765/20, y sus correlativos en las causas acumuladas, resultaron fundadas. En «Carpenter» se sostuvo que la orden judicial requería una justificación similar a la exigida para el allanamiento, y de lo explicado precedentemente, surge que tal recaudo ha sido cumplido. Ello, más allá de que no existe una exigencia expresamente prevista para el caso por el Código Procesal Penal, y la primera de las juezas intervinientes consideró que la medida solicitada por el fiscal interviniente resultaba útil para el esclarecimiento de los hechos, y la segunda, se remitió y aplicó los art. 227 y 228 del CPP –esto es, intercepción de correspondencia, y apertura y examen de correspondencia, respectivamente-, que resulta ser, ni más ni menos que la estricta aplicación del art. 149 de la C. de M. cuando no existe texto expreso de la ley que regule, entonces el juez que debe resolver lo hace aplicando «*los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva*», como explicamos más arriba. Sin perjuicio de lo expuesto, lo que se encuentra claro, es que las órdenes jurisdiccionales se encuentran suficientemente fundadas.

c.- Por todo lo expuesto en los dos acápites precedentes, puede concluirse que existe arbitrariedad en la resolución cuestionada.

8.- Con relación a la sanción de apartamiento de los magistrados intervinientes.

En el ejercicio del *officium iudicis* hay que ser prudentes y cuando se aplican las sanciones previstas por el art. 204 del CPP como el apartamiento de los jueces en un proceso debe hacerse cuando hubo actos en directo apartamiento del sistema jurídico vigente o exista pérdida de la independencia y/o la imparcialidad y/o la imparcialidad que afecte el debido proceso.

Pero cuando la decisión judicial se funda en la construcción o elaboración propia o ajena, derivada de fallos nacionales -que no son jurisprudencia consolidada- o sentencias de extraña jurisdicción, o doctrina, no puede sancionarse a los jueces intervinientes, porque ellos no tienen por qué conocer y no pueden conocer la opinión de los jueces de instancias superiores. Por el contrario, en esta situación se requiere *reforzar esa prudencia*.

En definitiva, no existía motivo razonable alguno para la sanción de apartamiento, lo que luego de las explicaciones en el presente voto sobre la resolución del

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

juez de instancia inferior evidencian la arbitrariedad de tal decisión y debe ser anulado.

9.-Prospectiva

El tratamiento en extenso de la cuestión traída a conocimiento del Tribunal, la velocidad de los cambios en la vida moderna y el impacto que tiene el tema, indican la conveniencia de sintetizar lo expuesto y, a modo de conclusión, explicar las condiciones mínimas que deben existir para que una *autoridad judicial* pueda requerir directamente, tanto la geolocalización o georeferenciamiento y las planillas de llamadas y/o para solicitar al Juez y este disponer la incautación de datos.

En ambos casos, se requiere de una investigación en curso en relación con un hecho ilícito. En este orden, es necesario, establecer la vinculación entre ese hecho ilícito y la persona que deberá soportar la intervención de su privacidad. En su caso, también deberá determinarse la vinculación de aquellos con el objeto sobre el cual se practicará la medida.

En relación específica con la incautación de datos, es necesario que el juez, al ordenar fundadamente el registro de un sistema informático o de una parte de éste, o de un medio de almacenamiento de datos informáticos o electrónicos, con el objeto de secuestrar los componentes del sistema, obtener copia o preservar datos o elementos de interés para la investigación, deba determinar el tiempo necesario para practicar la medida, que podrá ampliarse.

El interesado podrá solicitar audiencia de control para que el juez fije plazo para practicar la medida, establezca la devolución u ordene la destrucción de datos.

Una vez determinada la información útil al esclarecimiento del hecho punible, el resto deberá destruirse. Si el juez no fijó plazo, deberá disponerse al momento de requerir la citación a juicio del acusado (art. 357 del CPP).

Los datos obtenidos sólo podrán ser utilizados en el caso que se requiere y en ningún caso puede pasar a constituir una base de datos a disposición del Ministerio Público Fiscal, ni puede ser facilitado a ningún organismo para su almacenamiento.

Rige para todos los funcionarios encargados de efectuar la intervención del deber de confidencialidad y secreto respecto de la información obtenida por esos medios, excepto respecto de la autoridad que la haya requerido.

IV.- CONCLUSIÓN

En definitiva, y por las consideraciones expuestas, considero que asiste razón al Ministerio Público Fiscal en tanto la resolución cuestionada adolece de los vicios que se le atribuyen, por lo que debe ser anulada en esta instancia. Lo que impone responder de manera afirmativa a la tercera cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO DANIEL ADARO, POR SU VOTO, DIJO:

En primer lugar, debo decir que comparto la solución a la que llega el Dr. Omar Palermo, en cuanto entiende que corresponde desestimar sustancialmente el recurso impetrado por los representantes del Ministerio Público Fiscal. No obstante ello, me interesa destacar algunos lineamientos referidos al nuevo contexto en el que se desarrollan las discusiones en torno al derecho a la intimidad y vida privada de las personas y, vinculado con ello, la necesidad de que la intromisión en los distintos dispositivos electrónicos –en el caso de autos, el teléfono celular- que en la actualidad contienen gran parte de la vida privada de una persona, sea autorizada y controlada por un juez competente.

De este modo, y para una mayor comprensión de esta nueva realidad que nos toca afrontar a los distintos operadores jurídicos, entiendo importante destacar varios aspectos. Preliminarmente, cabe referir que «[...] *estamos insertos en una nueva era, la era digital o cuarta revolución industrial, también denominada la era exponencial, donde hay una mutación del espacio y del tiempo*». Es decir, se está produciendo una masiva migración humana a lo digital, una expansión de la ciudadanía digital, una oportunidad para el desarrollo digital, pero también un desafío a nuevas interpretaciones respecto de qué implica, y cómo se protege, la privacidad/ intimidad de las personas en los entornos digitales (conf. ADARO, Mario y o/s, en CORVALÁN, Juan G. (director), Tratado de Inteligencia artificial y Derecho, Ed. Thomson Reuters, Bs As, 2021, tomo 1, págs. 405 y 406).

Es decir, no hay duda de que uno de los derechos más afectados o amenazados en la revolución digital es el derecho a la intimidad y/o privacidad. Ello, por cuanto la irrupción de internet y su accesibilidad originó un exponencial crecimiento de imágenes, videos, datos e información en el mundo digital.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

Conforme con esta realidad, resulta claro, entonces, que toda esta información evidentemente constituye un reservorio importante de prueba, que puede tener un gran impacto en el marco de una investigación penal. Por tal motivo, se presenta una tensión entre el interés estatal y social en la investigación y sanción del delito, y la garantía de la intimidad o privacidad de las personas.

Respecto a esta última cuestión, tal como puede advertirse, con las tecnologías de la información y la comunicación el concepto de intimidad ha evolucionado y se encuentra en permanente transformación. Así, «[1] *a noción de intimidad es un producto cultural, una creación abstracta de la mente humana con fines de preservación, organizativos y evolutivos, y por lo tanto está sujeta a constantes transformaciones adaptables a las necesidades de cada época y lugar. Durante siglos los ámbitos de intimidad que se reconocían de facto o de jure, eran contados y muy sencillos de comprender: el pudor corporal, el secreto confesional, el domicilio y la correspondencia no presentaban mayor dificultad. La irrupción de tecnología y nuevas técnicas de investigación fue volviendo más complejo el asunto. Hoy nos parece indiscutible que las comunicaciones telefónicas deban ser privadas*» (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Investigación y prueba del narcotráfico, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 309).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) reconoció que la protección a la vida privada establecida por el texto de la Convención no se agota exclusivamente en las referencias al domicilio y a la correspondencia consagradas en su texto, proponiendo entonces una interpretación dinámica de la cláusula examinada (Corte IDH, caso «Tristán Donoso v. Panamá». Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de enero de 2009. Serie C N° 193; párr. 29).

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sostuvo que «vida privada» es un término amplio, no susceptible de una definición exhaustiva. Su protección no se limita a un «círculo íntimo» en el que el individuo desarrolle su vida personal, excluyendo de su conocimiento a cualquier otra persona externa, sino que también protege el derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y con el mundo exterior. Existe una zona de interacción de la persona con otras, incluso en un contexto público, susceptible de protección como

«vida privada» (TEDH, «Perry c. Reino Unido», núm. 63737/00, párr. 36; «Peck c. Reino Unido», núm. 44647/98, párr. 57 y 59, entre otros).

En relación con lo referido, debe señalarse que actualmente se habla del derecho a la privacidad como «[...] *una nueva esfera, mucho más amplia que la de la propia intimidad, que contendría ni más ni menos que todos los datos vinculados a un individuo, sean éstos sensibles o no, los cuales deben ser controlados y protegidos en su tenencia y tratamiento por parte de terceros. Este derecho a la privacidad es mucho más reciente que el de la intimidad y su nacimiento viene causado directamente por la gran capacidad de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) para tratar gran cantidad de datos de un individuo y ponerlos en relación con otras fuentes a gran distancia y obtener un perfil muy detallado del mismo: sus gustos, sus hábitos, sus aficiones, incluso su ideología o sus creencias religiosas*» (Salgado Seguin, Víctor, Intimidad, privacidad y honor en internet, consultado en <https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero085/intimidad-privacidad-y-honor-en-internet/> 13/3/2023).

Por otro lado, adhiero a lo sostenido por el Dr. Pablo Cruz Casas, titular del Juzgado Penal, Contravencional y Faltas N^o 10 de la Ciudad de Bs. As., en tanto expresó sobre la cuestión analizada que «[...] *en este marco conceptual se inserta el derecho a la autodeterminación informativa, derivación de la garantía de intimidad, que prevé como regla general que cada persona tiene el derecho personal de decidir y disponer libremente sobre sus datos personales, lo que alcanza también el derecho de decidir quiénes pueden acceder a ellos*»(ver,<https://docs.google.com/document/d/1eF39FUaQC1bIZ9XMoxFG1w4lq7NfCiiNSidmbqSp0cU/edit> 13/3/2023).

Podemos decir, entonces, que «[I] *a protección de datos personales, autodeterminación informativa o libertad informática forma parte del núcleo de los derechos denominados de tercera generación. El derecho fundamental a la protección de los datos de carácter personal, como derecho de la llamada tercera generación es uno de los exponentes del conflicto tecnología- derecho, cuya razón de ser reside en dar al individuo la posibilidad efectiva de disponer y controlar los datos que le conciernen. Excede largamente el ámbito de la tutela a la intimidad o vida privada, aun cuando claramente la contiene*» (MOLINA QUIROGA, Eduardo, «Aplicación del principio de

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

calidad en el tratamiento de los datos personales en un caso de informes crediticios», La Ley, Sup. Const., 18/2/2014, 57; 2014-AS, 341).

Por ello, entiendo que las medidas requeridas para la lograr esta información en el marco de una investigación penal, en el caso de acceder a datos que no sean simplemente la información vinculada a los datos filiatorios (nombre y DNI), pueden impactar sobre la protección constitucional de la vida privada o del derecho a la intimidad de las personas.

De este modo, y como adelantara, conforme a los lineamientos normativos y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacional (art. 18 de la CN; y las convenciones internacionales con jerarquía constitucional mediante su incorporación en el art. 75 inc. 22 del CN –CADH, art. 11; PIDCyP, art.17; DUDH, art. 12-) analizados en el voto que me precede, comparto la postura que la intervención jurisdiccional en el contralor de este tipo de medidas mediante una orden judicial debidamente fundada, constituye una garantía necesaria para la protección del derecho a la intimidad o vida privada de una persona.

A su vez, este tipo de pruebas, por la gravitación que tiene en las garantías aludidas- debe indicar con expresa determinación el objeto y su fundamento para acceder a la recolección y tratamiento de los datos contenidos en el dispositivo móvil, en tanto se accede a ámbitos reservados o privados de la persona.

Este último aspecto debe considerarse no sólo para evitar arbitrariedades en la decisión judicial mediante la intromisión indebida a datos digitales sensibles al/a la usuario/a, sino también, resulta relevante al momento de ejecutar las operaciones técnicas sobre los dispositivos secuestrados.

En este punto, y previo ingresar al análisis de los distintos métodos de procedimiento de extracción de datos de dispositivos móviles, me interesa referir que si bien nuestra ley 25.326 de Protección de los Datos Personales (LPDP) fue pionera en la región en cuanto a la normativa sobre protección de datos, la misma se encuentra en debate a través de proyectos legislativos que intentan concordar con el estándar internacional que ha fijado el Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea (REGLAMENTO (UE) 2016/679-GDPR). Además, Argentina adhirió al Convenio 108 (mediante la ley 27.483, B.O. del 2 de enero de 2019, por la que se

aprobó el Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, suscripto en la ciudad de Estrasburgo, República Francesa, el día 28 de enero de 1981, y el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las autoridades de control y a los flujos transfronterizos de datos, suscripto en la ciudad de Estrasburgo, República Francesa, el día 8 de noviembre de 2001) y se emitió nueva reglamentación por parte de la Agencia de Acceso a la Información Pública en lo referido a la protección de datos personales.

La LPDP en el art. 2º define como «datos personales» a la información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal; y «dato sensible» es aquel dato personal que revela origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual; y señala expresamente que el «titular de los datos» es la persona cuyos datos sean objeto del tratamiento al que se refiere la ley, es decir, la/el usuario, con independencia de que esa información se encuentre en poder de un tercero.

Al respecto, Johanna C. Faliero expresa que «[...] *la calificación de dato sensible desde el punto de vista jurídico no es coincidente con la definición de sensibilidad técnica de un dato. El dato sensible desde el punto de vista técnico tiene que ver con la capacidad de identificar plenamente a la persona como centro de rotación de todos los datos identificatorios. Esto último permite la realización de procedimientos (técnicos) no autorizados sobre la información de las personas, basados en la capacidad de identificación perdurable de las mismas personas en todo otro lugar donde se pueda acceder a su información relacionada*» (FALIERO, Johanna Caterina, El Derecho a la información en el derecho del Consumidor y el nuevo Código Civil y Comercial -Autodeterminación informativa de los usuarios y su régimen tuitivo-", p.114, publicado por el Instituto GIOJA (UBA), bajo la coordinación de Sebastián Barocelli, 2016, consultado en: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/barocelli-impactos-del-nuevo-Codigo-civil-y-comercial-en-el-derecho-del-consumidor.pdf> 13/3/2023)

Dicho esto, entiendo oportuno realizar una breve referencia sobre los distintos tipos de procedimiento de extracción de datos de dispositivos móviles. Ello, en

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

tanto resulta relevante para la resolución de la cuestión en análisis.

En efecto, existen distintos tipos de software U.F.E.D. de la compañía Cellebrite- <https://cellebrite.com/es/pagina-principal/>, Mobiledit <https://www.mobiledit.com/>; Magnet axion <https://www.magnetforensics.com/products/magnet-axiom/>, Oxygen Forensics <https://tamce.net/oxygen-forensic-detective-version-dongle>, entre otros; que se utilizan en la informática forense para la extracción y análisis de evidencia o prueba digital de dispositivos móviles, entre los que se encuentran los teléfonos celulares. Uno de los más utilizados en Argentina es U.F.E.D. (Universal Forensics Extraction Device) que contiene un Software de Extracción (UFED 4PC) y un Software de Análisis (UFED Physical Analyzer).

El procedimiento, tal como lo explica en el Proceso PURI el equipo del InFo-Lab UFASTA dirigido por la Esp. Ing. Ana Di Iorio, requiere de varias fases y etapas. Una extracción de los datos como primera instancia donde se extrae la información, (dependiendo de algunos factores, se puede recuperar información borrada), y luego, a través de un software de análisis (Ej: UFED Physical Analyzer), se puede hacer una registración total de la información, en forma cronológica o realizando un filtrado de información, pudiendo enviar el informe pertinente conforme el objeto delimitado en la investigación. La extracción de datos es siempre una tarea técnica, mientras que el análisis de la información puede ser una tarea técnica o investigativa. Será técnica cuando se requiera una lectura de la información para la cual es necesario aplicar conocimientos específicos de ciencias informáticas (análisis de archivos, metadata, exif, bases de datos, archivos binarios, logs, etc).(conf. consulta realizada a la Esp. Ing. Ana Haydée Di Iorio, Universidad FASTA, durante marzo de 2023).

A través del análisis referido, la información contenida en un dispositivo móvil o teléfono celular puede ser filtrada, categorizada, identificada con etiquetas, seleccionada, etc. Una vez que se realizaron todas las acciones, el órgano o perito interviniente elabora el reporte. (Di Iorio, Ana; Constanzo, Bruno; Trigo, Santiago; Grillo, Rosalía; Evidencia digital e Informática Forense, Especialización en cibercrimen y evidencia digital. UBA, InFo-Lab UFASTA, Ministerio Público de Pcia de Bs As, Municipalidad de Gral Pueyrredón, Bs. As, 2021, p.39)

Cabe considerar que son múltiples la cantidad de elementos y datos que

se pueden extraer de un dispositivo móvil, mensajería, llamadas, contactos, historial de internet, cuentas de usuarios, documentos, redes sociales, registro de ubicaciones, aplicaciones, cadena de caracteres, imágenes, audios y videos, lo que implica ingresar en la órbita de posibles datos sensibles que afectan a la intimidad de su titular, en tanto y en cuanto no sean objeto específico de la investigación dispuesta por el órgano judicial.

En este sentido, y vinculado a los protocolos de actuación para la extracción de datos de dispositivos móviles, debo destacar la implementación de buenas prácticas o guías sugeridas por el equipo de investigación InFo-Lab UFASTA, donde expresan que es fundamental «[...] *elaborar un requerimiento acorde al objeto procesal, es necesario saber qué clase de información extrae la herramienta forense para luego saber qué elementos puntuales solicitar, evitar solicitar la totalidad del contenido del equipo ya que suma mucha información innecesaria, pudiendo vulnerar derechos fundamentales, además que el reporte se complejiza y se dificulta la entrega por cuestiones de almacenamiento. También se corre el riesgo de que la información personal del titular del dispositivo (ajena al hecho) quede adjunta al expediente y al alcance de quien tome contacto con los autos. Se recomienda para ello elaborar requerimientos puntuales, utilizar criterios objetivos de selección de información, a través de búsqueda de caracteres y filtros de fechas*» (DI IORIO, Ana y ots., Evidencia digital e Informática Forense, Bs. As, 2021, pp. 40-44).

Es decir, la aplicación de los principios de finalidad y minimización en la protección de datos personales, esto es que los datos deben ser recolectados con un fin explícito y legítimo y utilizados de modo que resulten adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario.

Además, en coincidencia con lo que sostiene el Dr. Casas en el precedente citado, una vez concluida la investigación, la/el fiscal, la oficina correspondiente –en nuestro caso la UDAPIF- y/ o peritos intervinientes «[...] *deberán proceder a la destrucción de todos los datos y registros que no guardan trascendencia para la investigación, que obren en su poder*» conforme dispone el art. 4 inc. 7º de la ley 25.326.

Las mismas consideraciones caben en relación a la geolocalización, o el perfilamiento que se puede obtener de la registración de celdas telefónicas o listado de celdas de conexión de un teléfono móvil con su correspondiente ubicación geográfica.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos «[...] *ha establecido ciertos requisitos para obtener las celdas de localización de un teléfono celular en una investigación. Entre otros menciona: a) Que exista una orden judicial de registro. b) Que la orden se adecue al estándar probatorio de la “expectativa razonable de privacidad”, ya que se trata de una medida que impacta en la garantía de la Cuarta Enmienda. c) Que haya causa probable de la comisión de un delito. d) Que sea probable la participación de determinada persona. e) Que la medida de prueba resulte necesaria y proporcional en atención a la gravedad del delito investigado»* (CORVALÁN, Juan G., *Perfiles Digitales Humanos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 21).

En este orden, corresponde referir que el perfilamiento a través de los datos o registros del posicionamiento de los usuarios «[...] *quedan almacenados en los archivos de las empresas prestatarias con independencia de si el titular utiliza o no el teléfono móvil. Más aún, se conocen ciertas técnicas de investigación llevadas a cabo en países europeos como Alemania, Holanda, Francia y España, que permiten acreditar la ubicación de personas mediante los denominados “SMS silenciosos” (Stille SMS), a través de los cuales las autoridades envían mensajes de texto a un destinatario cuya ubicación se pretende conocer, quien no se anoticia del mismo, no obstante lo cual el acto de comunicación queda registrado y archivado entre los datos de la operadora referidos a ese usuario. Como es notorio, se trata de una medida que tiene fuertes repercusiones desde el punto de vista de la protección de la privacidad y de la información personal que las empresas de telecomunicaciones tienen almacenada respecto de sus usuarios, únicos titulares de dichos datos, conforme los lineamientos constitucionales y normativos establecidos precedentemente»* (ver <https://docs.google.com/document/d/1eF39FUaQC1bIZ9XMoxFG1w4lq7NfCIiNSidmbqSp0cU/edit>, ya citado).

Los datos sensibles no pueden ser utilizados, como regla, para la elaboración de perfiles que lleven a tomar una determinada decisión. En Latinoamérica resulta de vanguardia la Ley de Protección de Datos de Brasil en este aspecto. Expresamente se otorga el derecho a solicitar la revisión de las decisiones adoptadas a partir de un tratamiento de datos personales que afecten sus intereses (CORVALÁN, Juan G, *Perfiles Digitales Humanos*, Ed. La Ley, CABA, 2020)

En síntesis, tanto de la Constitución Nacional, de la jurisprudencia de la

Corte Suprema de Justicia de la Nación, como de lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia interamericana, la injerencia de la vida privada debe tener sustento legal y solo si persigue una finalidad legítima y necesaria en una sociedad democrática (CSJN, Fallos, 306:1892, «Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA», considerando 8º, 24/03/1994; «Halabi», H. 270, XLII, considerando 24º, entre otros; asimismo, arts. 30 y 32.2 CADH).

Por último, y en virtud de estas consideraciones, considero necesaria la capacitación continua y constante de los/as operadores/as judiciales en torno a estas temáticas, que permitan brindar las herramientas necesarias para el uso adecuado de las nuevas tecnologías, con el conocimiento técnico en el manejo de los diferentes dispositivos y lenguajes, y el desarrollo de habilidades para encontrar, comprender, evaluar, seleccionar y usar la información y datos que proporcionan dichas tecnologías.

En otro orden, comparto las consideraciones formuladas por el Dr. José V. Valerio en su voto, vinculadas con las referencias utilizadas por las partes y por el juez de la instancia anterior al momento de individualizar los antecedentes de las causas, tales como fojas o expediente principal, los que resultan incompatibles con el actual modelo de enjuiciamiento.

En efecto, a través de las sucesivas reformas operadas en nuestro ordenamiento procesal se ha consolidado –entre otros aspectos- un sistema de audiencias orales. Al respecto, sostuve en el precedente «Zurita» que «[...] *el nuevo procedimiento organizado en torno al principio de oralidad, debe concebirse como una estructura eminentemente comunicacional, en donde el destinatario de las decisiones judiciales no solamente es la parte interesada en el proceso, sino también la sociedad. Es por ello que, en casos de complejidad probatoria, quien tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción, es el que tiene el deber de realizar el esfuerzo por comunicar los fundamentos de la sentencia en forma ordenada y con un lenguaje claro, de manera tal de dar cabal cumplimiento con la obligación de motivación de las sentencias*» (ver, voto ampliatorio en «Zurita»).

Por otra parte, y vinculado al proceso de registración de las audiencias orales, sostuve en el precedente «Sánchez Gutiérrez» que «[...] *la Ley 9040 que regula el Fuero Penal Colegiado propende al uso de las innovaciones tecnológicas, como medida de transparencia y seguridad al disponer que se asegure en el proceso, «la metodología*

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

de la audiencia oral, públicas e indelegables, aplicando el sistema de agenda de audiencias y la digitalización total de las actuaciones; [...] la realización de audiencias mediante el sistema de videoconferencias u otros medios tecnológicos» (art. 13 incs. b y g de la ley 9.040, BO 9/02/2018).

Consideré también que «[a] *tales fines es prioritario habilitar sistemas telemáticos que, a través de sus características y protocolos, permitan el resguardo de los datos e información que se suministra, conforme las normativas constitucionales y legales, garantizando el debido proceso digital y en particular asegurando la confianza de cada justiciable y la sociedad toda*». Concluí entonces que «[...] *el uso de cada plataforma o sala virtual debe ir acompañada de reglas básicas preestablecidas, en lenguaje claro y accesible, con protocolos o guías de actuación, capacitación permanente y continua, lineamientos básicos y recomendaciones prácticas, requerimientos técnicos descriptos y de fácil interpretación, reglas e instrucciones de responsabilidad y de seguridad*».

Esta observación, vinculada con el sistema procesal y la referencia a actuaciones escritas, considero que no tiene repercusión en la validez de la resolución cuestionada en esta instancia por el Ministerio Público Fiscal.

Por último, entiendo oportuno destacar que la innovación en los procesos de transformación digital de las administraciones de justicia se encuentra no solamente en el uso de nuevas tecnologías y en la incorporación de las plataformas digitales sino, fundamentalmente, al igual que en los procesos de extracción de datos de los dispositivos móviles ya analizados, en la formación permanente y continua del capital humano para operar tecnologías digitales cada vez más complejas y avanzadas.

Por las razones expuestas, considero que corresponde responder de manera negativa a la cuestión planteada.

ASÍ VOTO.

SOBRE LA CUARTA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Atento al resultado de la cuestión anterior, corresponde hacer lugar al recurso de casación formulado en autos por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular la audiencia de apelación desarrollada y el auto dictado en fecha 10 de noviembre del año 2.022.

En razón de ello, teniendo en cuenta las particulares circunstancias que se verifican en la resolución que aquí se anula, a los fines de garantizar la imparcialidad del tribunal y, debe remitirse las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado n° 1 para que la OGAP determine excepcionalmente el tribunal que habrá de intervenir en la realización de una nueva audiencia de apelación, la que deberá celebrarse a la mayor brevedad posible (art. 472 ss y cc del Código Procesal Penal)

Sobre la misma cuestión, los **DRES. JOSÉ VIRGILIO VALERIO, PEDRO JORGE LLORENTE y DALMIRO GARAY CUELI** adhieren al voto que antecede

SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO, EN DISIDENCIA, DIJO:

En función del tratamiento de la tercera cuestión, considero que corresponde omitir pronunciamiento al respecto y, en consecuencia, debe confirmarse la resolución impugnada.

ASI VOTO

Sobre la misma cuestión, los **DRES. JULIO RAMÓN GÓMEZ Y MARIO DANIEL ADARO** adhieren al voto que antecede

SOBRE LA QUINTA CUESTIÓN, LA DRA. MARÍA TERESA DAY, DIJO:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde la imposición de costas por su orden, y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

Sobre la misma cuestión, los **DRES. OMAR ALEJANDRO PALERMO, JOSÉ VIRGILIO VALERIO, DR. JULIO RAMÓN GÓMEZ, DR. MARIO DANIEL ADARO, DR. PEDRO JORGE LLORENTE Y DR. DALMIRO GARAY CUELLI**, adhieren al voto que antecede.

Con lo que se dio por terminado el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta.

SENTENCIA

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Segunda de la Suprema Corte de Justicia

RESUELVE:

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA - SALA SEGUNDA
PODER JUDICIAL MENDOZA

1.- Rechazar *in limine* la nulidad impetrada por la defensa oficial del acusado Alejandro Weiss Alonso sobre la audiencia de informe oral

2.- Desestimar la solicitud de cese de la prisión preventiva requerido por la defensa el acusado Alejandro Weiss Alonso.

3.- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal y, en consecuencia, anular la audiencia de apelación desarrollada y el auto dictado en fecha 10 de noviembre del año 2.022.

4.- Remitir, en función del resolutivo anterior, las presentes actuaciones al Tribunal Penal Colegiado N° 1 a fin de que la OGAP determine el tribunal que habrá de intervenir en la realización de una nueva audiencia de apelación, la que deberá celebrarse a la mayor brevedad posible.

5.- Imponer costas por su orden, y diferir la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad.

6.- Tener presente la reserva del caso federal efectuada.

Regístrese. Notifíquese.

DRA. MARÍA TERESA DAY
Ministro

DR. OMAR ALEJANDRO PALERMO
Ministro
(en disidencia)

DR. JOSÉ V. VALERIO
Ministro

DR. JULIO RAMÓN GOMEZ
Ministro
(en disidencia)

DR. MARIO DANIEL ADARO
Ministro
(en disidencia)

DR. PEDRO JORGE LLORENTE
Ministro

DR. DALMIRO FABIÁN GARAY CUELI
Ministro

