

Estupefacientes Intervencion Telefonica Valor Probatorio De Partes Policiales Absolucion

JURISPRUDENCIA

Estupefacientes. Intervención telefónica. Valor probatorio de partes

policiales. Absolución Se absuelve al encartado en orden al delito endilgado al carecer de validez la intervención telefónica ordenada, ya que se fundamentó exclusivamente en partes e informes policiales que carecen de suficiente valor probatorio.

Siendo las 09:20 hs. del día 12 de septiembre de 2019, se constituyó el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur en la Sala de Audiencias, integrado de forma unipersonal por el Sr. Juez de Cámara, Dr. Luis Alberto Giménez y la actuación del Sr. Secretario, Dr. Pedro Luis Bosio a fin de continuar con la Audiencia de Debate y Juicio ordenada en la causa FCR 3235/2017/TO1 - Principal en Tribunal Oral TO01 - IMPUTADO: VILLEGAS GALLARDO, FERNANDO DAMIAN s/INFRACCION LEY 23.737. Se informó por Secretaría que las partes se hallan presentes. Acto seguido, el Sr. Juez le concedió la palabra a la Sra. Fiscal General en relación a las nulidades planteadas por la Defensa. Así, comenzó relatando sobre las tres nulidades planteadas por el Sr. Defensor. En cuanto a la primera de ellas, el Sr. Defensor dijo que es nula la causa en razón de que a su entender falta en esta causa el requerimiento de instrucción y promoción de la acción penal previsto en el art. 180 del CPPN, fundando su posición en que el objeto de las actuaciones es impropio porque se investigó en forma genérica sin determinarse las personas ni el delito por el cual que debían investigarse, violando así el principio acusatorio consagrado en el art. 18 de la CN porque, justamente, esta acción es propia del MPF. Continuó realizando un racconto porque el planteo del defensor le resultó confuso para contestarlo. Continuó relatando que la causa se inicia con una nota de la Gendarmería Nacional y que el Juez realizó el primer provisto y notificó del inicio al Sr. Fiscal, que esa notificación no lo exime de formular el requerimiento de instrucción, ya que ahí es donde se tiene que decir a quienes se debe investigar y por qué delito. Que el Defensor dijo que la identidad de esas personas no estaba determinada a fs. 1, y ahí es donde radica su confusión. Continuó explicando que si bi en la Defensa no dijo el artículo en el cual se fundó, sólo hace mención del art. 180 del CPPN, entonces la causa debería tramitar por aplicación del art. 196 bis del CPPN, es decir, que es NN. Que no le quedó claro a la Sra. Fiscal si como dice el Defensor, la causa debía tramitar ante la Fiscalía o ante el Juez. Que sobre el art. 196 bis, no hay trámite en la justicia federal, que en esta jurisdicción hace más de 10 años que es pacífica la decisión entre el Fiscal y el Juez que en el ámbito federal no se tramitan causas por aplicación del art. 196 bis. Y esta situación no es caprichosa, porque el artículo, cuando habla de este tipo de causas, dice que es de competencia criminal de instrucción o correccional, y no dice federales. Que este artículo se agregó al código para descomprimir a los Juzgados Criminales y Correccionales, para poder dedicarle tiempo a causas mayores y las de menor cuantía se las pasaban a Fiscalía, quedando circunscripto sólo al ámbito de la ciudad de Buenos Aires, que de hecho hoy tienen una Procuraduría que investiga delitos de NN, por lo que la Sra. Fiscal descartó la aplicación del art. 196 bis del CPPN en este caso. Expuso que el Sr. Defensor dijo que el Fiscal debió realizar el requerimiento de instrucción, conforme el art. 180 del CPPN. Continuó explicando que el art. 195 del CPPN dice que la instrucción se inicia o por requerimiento del fiscal (art. 180 CPPN) o por prevención o información policial. Que cuando el artículo habla del requerimiento de instrucción engloba las denuncias efectuadas ante el Juez como ante la prevención, y eso surge del art. 188 del CPPN, es decir que cuando la denuncia de un delito de acción es realizada ante el Juez o el Fiscal, el Fiscal si debe realizar el requerimiento de instrucción, sólo ahí. En este caso, se dio la otra situación, que la causa fue iniciada por información policial, por lo tanto no requiere que el Fiscal realice el requerimiento de instrucción, porque la fuerza de seguridad al poner en conocimiento del Juez o del Fiscal de la noticia criminis, es una forma de instar la acción penal. Que no es que todo, cualquier papel que ingresa, el fiscal debe hacer el requerimiento de instrucción. Que en este caso, la Sra. Fiscal descartó que debiera hacerlo. El Juez, entonces, cuando la prevención le presenta la nota al el vienes 17 de marzo a las 13 horas. El Juez conoce esta nota, y sabe a quienes va a investigar y porque delito, porque la prevención se lo dice en la misma nota. Con esta nota le llega la información de los vehículos, y tres días después, el Juez formuló el proveído para darle autorización a Gendarmería Nacional para investigar y le entrega el oficio, esto ocurre el 23 de marzo. El fiscal conoce el inicio de las actuaciones el día 27 de marzo, por una cedula electrónica. El juez le dio el oficio a GN, que inició las investigaciones. Que en esos momentos comenzó a incorporarse los expedientes electrónicamente, que la Fiscalía conoce lo que el Juzgado sube al sistema y lamentablemente todos esos preventivos no se encontraban subidos al sistema. Descartó la aplicación de los arts. 196 bis y 180 del CPPN, porque el Fiscal no debía hacer el requerimiento de instrucción porque la causa fue iniciada por información policial o por prevención como se lo quiera llamar. Que los investigadores no tenían carta libre para investigar cualquier persona y cualquier delito, porque el Juez que estaba a cargo de la investigación habida dado las directivas en ese primer oficio. Por lo expuesto solicitó el rechazo de la primera nulidad. A

continuación, en cuanto a la segunda nulidad, el Sr. Defensor dijo que en primera intervención telefónica del 26/03/17 al abonado ... de Villegas Gallardo, dijo que esa intervención es nula, y se fundó en el precedente "Quaranta". La Sra. Fiscal solicitó el rechazo de la nulidad porque entendió que no es de aplicación al caso este precedente, porque en aquella oportunidad se inició con una denuncia anónima e inmediatamente el Juez ordenó la intervención telefónica y las tareas de inteligencia, únicamente con la noticia del llamado anónimo. Que en ese caso, la decisión judicial estaba infundada y en el caso que nos ocupa no es así. Argumentó que el inicio de la causa ocurrió el 17 de marzo y la primera intervención telefónica se produjo dos meses después y hubo al menos cuatro sumario de GN donde se investigó, se realizaron tareas de seguimiento, donde hubo puestos fijos, se levantaron bolsas de basura, es decir, hubo indicios de la comercio de sustancias estupefacientes y la GN así lo dijo y es por eso el Juez da la intervención telefónica y no sólo respecto de Villegas Gallardo, sino también de otras personas quienes no llegaron a juicio. Que la prevención realizó suficientes tareas para llevarle al Juez y que éste ordene una la intervención telefónica. Que en esta jurisdicción es difícil lograr una intervención telefónica porque el Juez Federal no suele dar este tipo de medidas. Señaló que, a su entender, la resolución se encuentra cumplido el requisito de fundamentación que se exige para realizar una intromisión estatal en los derechos protegidos constitucionalmente, conforme los arts. 123 y 236 CPPN. Que el Juez, además de evaluar la prueba de la prevención, también le puso límites (30 días). Que esa resolución está perfectamente regulada y fundada y solicitó el rechazo de esta nulidad. Que el Defensor sólo planteó la nulidad de ésta intervención y de aquellas que en su consecuencia se dictaron, diciendo que las siguientes son nulas por la nulidad de la primera. Para el rechazo de esta nulidad lo fundó no solo en que estaba debidamente fundada la primera resolución, sino que incluso le puso un plazo. Que en general, en lo referido a que el tiempo para el planteo de las nulidades estaba precluida, que el art. 376 del CPPN dice que bajo pena de caducidad las nulidades del art. 170, inc. 1, deben ser planteadas durante la instrucción o en el término de citación a juicio. Que le llamó la atención que el Defensor dijo que lo hizo ahora porque de haberlo hecho antes, solo serviría para replicarlas. Que se preguntó si es justo que lo haga ahora. Que los planteos tienen sus tiempos establecidos, porque el MPF no puede defenderse. Que el defensor le vedó ese derecho al MPF porque no puede producir prueba. De hacerse lugar, se podría decir que le Defensor vulneró el principio de igualdad de armas y que para no alterar el equilibrio entre las partes y vulnerarlo. Que no hay nada novedoso de hace dos años y medio a la fecha como para plantear hoy estas nulidades. Que se encuentre contestando dos nulidades que debió haber hecho prueba durante el juicio. Que el MPF tiene derecho a ejercer su derecho de defensa, vulnerando así su derecho de defensa en juicio e igualdad de armas. Todo ello en relación a las intervenciones telefónicas. En cuanto a la tercera nulidad, respecto de la multa que la Fiscalía solicitó en orden al delito por el que fundó la condena (50UF). Que la pena de multa es parte pena. Que cuando solicitó la pena fundó como llegó a esa conclusión, que es casi del mínimo, que la fiscalía explico cómo llego a esa cantidad, que existen causas de mensuración. Entendió que no es nulo, que está justificado el apartamiento mínimo del mínimo. Que cuando aplicó las 50 UF no dijo el valor de cada una, pero sí dijo cual era la resolución a aplicar (Resol. 145/17 del Ministerio de Seguridad) que establece a ese momento cual era el valor de la UF. Que su apartamiento del mínimo estuvo fundado y por eso solicitó su rechazo. Que sobre el planteo de la inconstitucionalidad del art. 9 de la ley 27.302, que es la que aplica el tema de las multas, no son novedosas. Que estos planteos vienen desde 2017 y que el Sr. Defensor ya los realizó ante este mismo Tribunal. Que afecta el principio republicano de gobierno. Que hay varios fallos de la Cámara de Casación, el más reciente "Mayor" del mes de junio, que establecen que no es inconstitucional, porque la pena de multa está establecida en la ley de estupefacientes y por haber quedado obsoleta, fue regulada por la nueva ley 27302. Que la pena de multa ya está establecida por ley y al momento de la comisión del delito esta multa ya estaba establecida por ley. Que lo único que se delegó en el Poder Ejecutivo es el monto del formulario que establece el valor de la UF. Que de ninguna manera el art. 9 de la ley resulta inconstitucional, porque no violenta de ninguna manera el art. 1 de la CN. Que la escala de la multa ya está establecida por ley (entre 45 y 900 UF). Que en cuanto a que el monto requerido como multa es desproporcionado, la Sra. Fiscal señala que ese monto es una cuestión de política criminal. Que hay otros mecanismos antes de llegar a la pena de prisión si no puede pagar la multa. Que el art. 21 del CP establece otras formas de pago. Que al haber otras posibilidades no resulta inconstitucional. Que el fallo "Flores" de la Sala II de CFCP que trata de la proporcionalidad de la multa, dice que no necesariamente se traduce en prisión por deuda. Por lo expuesto, la Sra. Fiscal solicitó el rechazo de la inconstitucionalidad planteada por el defensa. Por último, en relación al derecho de réplica, dijo que no iba a hacer uso del mismo. Acto seguido, el Sr. Juez dio la oportunidad al enjuiciado para que, en los términos del último párrafo del art. 393 del C.P.N. manifieste lo que tenga por conveniente, exponiendo que teniendo en cuenta todo lo que se dijo, quiere decir que nunca vendió y que sólo consume. Que su problema es el consumo. Que refiriéndose a la decisión que tome el Juez, solicitó que no se le imposibilite continuar con su vida normal, su trabajo y la crianza de sus hijas. En este estado, el Sr. Juez declaró clausurado el debate, y convocó a las partes a las 11:00 hs. del día de la fecha a fin de hacer saber su decisión, quedando las partes convocadas. Transcurrido el cuarto intermedio el Sr. Juez hizo saber lo resuelto. I- Sobre la nulidad por ausencia de requerimiento fiscal. Se queja el Sr. Defensor en relación al inicio del presente proceso pues advierte que no ha existido, en el momento de su génesis, intervención

del Ministerio Público Fiscal en los términos del art. 180 del Código Procesal Penal de la Nación. La plataforma fáctica sobre la que analiza su postulado no resulta compleja ya que se verifica fácilmente que frente al anoticiamiento criminal del que da cuenta el informe de fs. 1 el Juez de la Instancia autorizó las medidas de investigación necesarias para su precisión. Ello fue con noticia al Fiscal, tal como surge de la constancia de fs. 1 vta. La Fiscalía responde oponiéndose a su progreso por las razones que obran en el acta. Básicamente acude al art. 195 del CPPN que prevé la posibilidad de dar inicio a una investigación mediando una información o prevención policial, situación que concurre en los presentes. No es la primera vez que debemos tratar el tema, y ya hemos decidido que, en el marco de la ley procesal que rige la actuación de la justicia federal, dicha objeción resulta excesivamente formalista. No porque no se acuerde en que, como también hemos puesto de manifiesto en otras ocasiones, que sería deseable una mayor participación de la Fiscalía. Máxime si, como en el presente caso, no existen razones de urgencia que la impidan. Inclusive, si se precisara una actuación urgente, nada impediría que el Fiscal intervenga, de hecho es lo que sucede en la ley procesal de la Provincia de Tierra del Fuego en la que expresamente, se veda la actuación del juez de instrucción sin requerimiento fiscal. Sin embargo, la práctica judicial en el ámbito federal ha extendido la idea de prevención al tipo de actuaciones y, más allá de que en algún caso podría producir los efectos de los que se queja el Sr. Defensor, no parece configurado tal en los presentes. Ello supone la resignación, legal por cierto hasta el momento, de su rol de titular de la acción, y podríamos decir que importa casi una sumisión del Fiscal en relación a la actividad de las fuerzas de seguridad que, por el contrario, deberían ser dirigidas en la investigación por dicho Magistrado, juntamente con el juez instructor. El Ministerio Fiscal debería reflexionar, a mi entender, en que el Código Procesal Penal de la Nación aún vigente fue sancionado con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, mediante la cual se le asignó al Ministerio Público un rol de mayor relevancia institucional en el art. 120. Rol que, no está de más señalarlo, a veinticinco años, sigue debatiendo si va a abrazar o no. Pues la resignación de sus funciones en cuanto titular de la acción no resultan comprensibles. Una cosa es que nos sea obligatorio que formule el requerimiento, y otra muy distinta que no lo haga ejerciendo activamente su rol y delimitando el marco de actuación. En orden a lo que vengo señalando en el caso particular, se verifica que no se prescindió de la intervención fiscal, sino que la instrucción se realizó con su participación. A tal punto que fue el Fiscal de la Instancia quien propuso medidas, y finalmente requirió la elevación de la causa a la etapa del debate. De hecho, el principal interesado como titular de la acción pública, no formuló objeciones. Este es el punto medular, a mi entender, que el Juez de Instrucción actúe de la forma en que lo hizo, recorta las facultades del Ministerio Público Fiscal de ser el impulsor de la acción penal. Más habré de insistir en que no advierto que se trate de una de las nulidades absolutas que pregona el Dr. Muschietti con un criterio, a mi juicio, excesivamente formalista. Es que hubo intervención del representante de la vindicta pública a lo largo de la etapa de investigación, y cualquier defecto que hubiera podido tener, en tal sentido, la instrucción quedó purgado por la misma, especialmente en el acto cumplido al contestar la vista del art. 346 (CPPN). Es sabido que las nulidades se subsanan, conforme el art. 171 (ídem) cuando el ministerio fiscal o las partes no las opongan oportunamente (inc. 1), o hayan aceptado tácitamente los efectos del acto (inc. 2), o si no obstante su irregularidad el acto hubiera conseguido su finalidad (inc. 3). Todos los supuestos concurren en los presentes. El Defensor de la etapa anterior no formuló oposición ni atacó de nulidad los actos. La actividad posterior de la Defensa, incluida esta etapa, convalidó tácitamente sus efectos, en el caso la apertura de la instancia de juicio. Finalmente, el acto, pese a su irregularidad, consiguió el efecto, es decir se llevó adelante una investigación con control judicial y fiscal, se reunieron los elementos probatorios que, a consideración del ministerio fiscal, eran suficientes para presentar su caso ante el tribunal de juicio, y así se inició esta etapa. El perjuicio que se invoca entonces, es inoportuno y meramente conjetural. No hay una enunciación (no ya una demostración) del perjuicio que le ha provocado, más allá de la comodidad de extinguir el proceso cuando ya se ha realizado el debate. El imputado (y su defensor) escucharon la acusación (provisoria) contenida en el requerimiento de elevación a juicio, ofrecieron las pruebas, se produjeron las mismas en una audiencia con contradicción, y se ejerció el derecho de argumentar sobre la misma, sin que pueda afirmarse que se aprecia un estado de indefensión. Las nulidades de orden general, tal como las enuncia el abogado defensor no implican que no sean susceptibles de convalidación. Por el contrario, la ley no distingue sobre el punto en orden a la subsanación, tal como señalamos. Sólo en el caso del segundo párrafo del art. 168 (CPPN) se habilita su declaración en cualquier etapa. Sin embargo, por lo explicado, entiendo que no ha mediado agravio constitucional. En tal medida, y conforme lo normado por los arts. 18 de la Constitución Nacional, y lo dispuesto por los arts. 167, 168, 170 y 171 del Código Procesal Penal de la Nación, corresponde el rechazo del presente planteo de nulidad. Con costas (arts. 530 y 531 CPPN). II- Nulidad de las intervenciones telefónicas. A diferencia del caso anterior, adelanto que habré de acoger favorablemente el planteo de nulidad articulado. Respecto del cual, atento advertir, como explicaré, un agravio constitucional, no puede darse por precluida la oportunidad. El defensor de Villegas Gallardo ataca el auto interlocutorio de fs. 66/68 mediante el cual se dispuso la intervención de los abonados telefónicos 2901557450 y ..., correspondientes a los entonces investigados Gaillard Villarreal (respecto de quien la causa fue sobreseída) y Villegas Gallardo (quien está hoy siendo juzgado). La Fiscalía se opone invocando la falta de similitud con el caso ?Quaranta?, ya que en aquél se

había tratado de una denuncia anónima, y sin más, la orden de intervención telefónica, mientras que en el presente la orden de intervención fue precedida de casi dos meses de tareas de investigación. Asimismo invoca la preclusión de la oportunidad para articular la nulidad en función de lo dispuesto por el art. 376 y 170 inc. 2º del CPPN. Cuestiona el tiempo, por vulneración al principio de igual de armas y de defensa en juicio del Ministerio Público. a)- Antecedentes del caso. El fundamento para disponer la intervención telefónica de Villegas, conforme el decisorio del Juez de Instrucción, se puede enunciar de la siguiente manera: existe un marco provisto por la fuerza investigadora en el cual la hipótesis propuesta al Magistrado de la Instrucción era que había una organización dedicada al tráfico y comercio de estupefacientes?; el enunciado de las notas PD 7-0200/54, 7-2001/67, PD 7-0200/55 y PD 7-0200/78; en el marco antes enunciado el juez cita a la fuerza ?La prevención sigue infiriendo que nos encontramos ante una organización dedicada al tráfico y comercio de estupefacientes integrada por los ciudadanos Fernando Villegas, quien sería el distribuidor financista, quien comercializa y provee a Javier Cruz, este comercializaría las sustancias en el kiosco de nombre de fantasía The Wall y proveer a Damián Gaillard, quien comercializa las sustancias en su domicilio de la tira ... del barrio 96 viviendas?. Asimismo, sigue diciendo el Dr. Calvete, que valorará las circunstancias que dieron inicio a la investigación y constan en la nota de fs. 1. Agrega que ?avanzada la presente investigación fue dando como resultado, la corroboración por parte de la prevención de que los investigados se encuentran realizando actividades reñidas con la ley 23.737...?, vuelve a citar los informes, esta vez con el número de foja, ?que dan cuenta de tareas de observación por parte de la prevención que hacen referencia a los movimientos que realizan los investigados quienes en numerosas ocasiones son visitados o tienen encuentros esporádicos con diversas personas del ambiente del consumo [el destacado no es del original] que solamente permanecen unos segundos para luego retirarse de forma presurosa.? También hace alusión de modo genérico a los registros fílmicos obtenidos en los domicilios investigados. Finalmente se precisa que se obtuvieron los números de las líneas de Gaillard y Villegas. Afirma entonces que la intervención resulta conducente, debido al tipo de delito que se investiga, que se realiza de modo solapada, sin ostentación, y acota que ?siendo la medida solicitada el único modo de avanzar en la investigación...?. Se extiende luego en citas jurisprudenciales y finalmente toma la decisión favorable al pedido de la fuerza. El modo en que fue decidido obliga al análisis de los antecedentes provistos por la fuerza investigadora al Magistrado, en orden a determinar si ellos resultaban suficientes para tomar dicha resolución ya que, como indicaremos más abajo, el fallo en crisis no se encuentra debidamente motivado para justificar la medida de la magnitud que se discute. Veamos. La constancia de fs. 1, nota PD 6-0200/41, describe en el primer párrafo un posible intercambio de dinero y de un envoltorio de color blanco, en las circunstancias de tiempo modo y lugar que allí enuncia. Aunque, cabe destacar que no aclara el sentido del intercambio, es decir, quién entregó que cosa (no está de más señalar que los testigos, que confeccionaron esa nota, en el debate tampoco pudieron precisar). En el segundo párrafo relata que este mismo sujeto (que luego fue identificado como Gaillard) ingresó a la parte posterior de otro auto estacionado (dominio ...) en el que ?posiblemente? realiza otro pasamano, dinero por estupefaciente. Aunque no aclara de qué modo esto se verifica pues no dan cuenta de haber visto el movimiento. Y tampoco está de más indicar que al declarar reconocen que no ven el movimiento. En el tercer párrafo se señala que se realiza el seguimiento del vehículo antes apuntado hasta un domicilio en calle Kuanip. Aquí debemos detenernos para realizar un breve análisis de situación. El personal de Gendarmería presenta el caso como de sujetos desconocidos que se encuentran. Que lo hacen en la vía pública, y que habrían realizado maniobras sospechosas. Sin embargo, eso no es lo que surge del relato para justificar el seguimiento al vehículo que finalmente se supo era del Sr. Cruz. Al menos se presenta, tal como apuntó el defensor, arbitrario haber seguido a este vehículo. Si, como señalaron, un sujeto (Gaillard) sale de un edificio y se acerca sucesivamente a dos vehículos, realizando sendos pasamanos con alguno de los ocupantes de los mismos, lo lógico es continuar observando ese domicilio, ya que lo razonable es pensar que es ese el sujeto que se dedica a la venta. Si no fuera así, lo razonable sería seguir a cualquiera de los dos vehículos. Por qué se sigue al de Cruz y no al de la DPE resulta inexplicable. Como también es huérfano de racionalidad el por qué se monta un puesto de observación delante del domicilio de Kuanip. En ese contexto aparece otro ?desconocido? (Villegas) que le entrega a Cruz un envoltorio blanco, con las características que hemos podido apreciar en la filmación. El siguiente aporte descansa sobre el contenido de la nota PD 7-0200/54 mediante la cual se produce la identificación de las tres personas referenciadas en la nota de fs. 1. También allí se habría documentado un pasamano de Gaillard respecto de una mujer, realizado en el domicilio del nombrado en horas de la noche. Asimismo contiene información acerca de cómo obtuvieron el número del teléfono móvil del nombrado. En el mismo documento figuran los datos de identificación de Javier Adolfo Cruz, al que se llega por los datos del vehículo, y la corroboración de su domicilio. Agregan que de las tareas de campo surge que pasa gran parte del día fuera del domicilio, al igual que su pareja. Y suman el análisis del contenido de los residuos: recortes de bolsas con vestigios de un polvo similar a cocaína. También explican que se dirige al quiosco The Wall, donde permanece por lapsos prolongados, aunque se retira intermitentemente del mismo. Explican que no realizan seguimientos de Cruz pues maneja rápido y hace maniobras bruscas. Finalmente refieren la visita de un tal Fabricio Lemarchand (quien, afirman, posee antecedentes penales: posee un sobreseimiento

por infracción a la ley 23.737) al quiosco, al igual que otros sujetos no identificados, que realizarían maniobras sospechosas: entrar y salir para volver a ingresar permanecer poco tiempo e irse. Aquí también corresponde una brevísima referencia: no parece sospechoso, más allá de cierta anomalía, el ingreso de personas a un kiosco por lapsos breves. Tampoco creo relevante citar como antecedentes penales, el sobreseimiento de un ciudadano, y mucho menos con una cita genérica referida a la carátula de una causa. En cuanto a Villegas Gallardo se informan su domicilio y el de su madre; su trabajo en Agrotécnica Fuegoquina. También el suceso, también referido en el curso de la audiencia, vinculado a la llegada de un sujeto que circulaba en una motocicleta, que fue identificada, y que el hombre ingresó a la parte trasera del predio donde está la vivienda habitada por el encartado, donde se presume que ha obtenido posiblemente sustancias estupefacientes...?. Asimismo se analizó el contenido de las bolsas de residuos domiciliarios, presuntamente pertenecientes a Villegas, en las que se habrían hallado recortes de nylon con vestigios de sustancia estupefaciente (cocaína). Asimismo, sobre la base del teléfono obtenido en una de las recolecciones de datos de la basura (el ...) corroboraron que usa frecuentemente la aplicación Whatsapp. Inmediatamente (última parte del informe, fs. 17vta., suscripto por Cipriani y Cabezas) la prevención llega a la conclusión: "nos encontramos ante una organización delictiva dedicada al transporte y comercio de estupefacientes (cocaína) al menudeo en diferentes bocas de expendio, desconociendo a la fecha la modalidad empleada para ingresar las sustancias de mención a la provincia. Dicha organización se presume sería liderada por el ciudadano Fernando Villegas, quien proveería a Javier Cruz, el cual comercializaría las sustancias prohibidas utilizando como pantalla el Kiosko ubicado en calle Fuegoquina Básquet N° ..., como así también parte de la sustancia adquirida sería provista al ciudadano Damián Gaillard, quien se encargaría de comercializarla en inmediaciones a su domicilio ubicada en calle Luis Vernet, altura catastral aproximada ..., don se encuentra la tira Nro. ..., del barrio 96 viviendas" (énfasis añadido). En consecuencia pide la intervención telefónica de los abonados de Gaillard y Villegas. El informe 7-0200/78 del 26 de abril de ese año da cuenta de las observaciones que siguió realizando la fuerza de prevención referidas a los tres investigados en aquel momento: Gaillard, Cruz y Villegas. Respecto del último, único traído a juicio, mencionan que vive con su pareja y dos hijas menores, que existía una notificación de la Inmobiliaria Cappelloni por la que se le comunicó que no se le renovarían el contrato de locación de Yrigoyen ..., con vencimiento el 30 de abril. Vuelven a buscar en los desechos domiciliarios y encuentran recortes con restos de sustancia estupefaciente. También que frecuenta el domicilio de Diego Villegas Gallardo, su hermano. Que se moviliza en un Renault Clío, gris, dominio ... y visita a su madre en el domicilio de Bahía Golondrina Tira ... depto. ..., PB. Relatan un encuentro con una persona que no identifican en el domicilio de Villegas el 21 de abril, y que más tarde llega otra persona que ingresa al domicilio en compañía de Villegas y que se retira en compañía de otro hombre que lo esperaba afuera. En ningún caso se indica la realización de maniobra alguna que pueda ser indicio de la hipótesis que se investiga. Insisten en el pedido de intervención telefónica. El Juez de Instrucción cita entonces al Alférez Burgos quien ratifica el informe suscripto por sus subordinados Cipriani y Cabezas (PD-7-0200/78), aspecto que resulta írrito en orden a la eficacia probatoria pues, como explicó, él no realizó las tareas de campo, por lo que no puede predicarse que agregue mayor fiabilidad a los datos provistos en esa nota. También pide el levantamiento del secreto bancario en relación a Villegas, y comunica que se habría mudado al domicilio de Wlanika También hace referencia a Gaillard y Cruz. b)- Alcance probatorio de los informes policiales. El punto que en el que habré de detenerme a continuación se vincula a un problema que se genera a partir de la incorporación indiscriminada de las notas preventivas, informes policiales, etc. que se ha vuelto una práctica en los Tribunales pero que, según entiendo, no encuentra respaldo en una adecuada hermenéutica del Código Procesal, y presenta un serio problema epistemológico a la hora de asignar valor probatorio a los mismos. En relación a esto informes cabe destacar que, aun si se opera bajo el criterio de libertad probatoria, lo cierto es que poseen una naturaleza sui generis que impide asignarles pleno valor en orden a la fiabilidad de la información que aportan en la etapa de juicio. En efecto estos denominados "informes" no son tales, es decir no constituyen prueba informativa, en la terminología de la ley procesal, pues cuando el Código regula este tipo de pruebas se refiere a datos obrantes en los registros que el requerido posea. Así lo dispone el art. 396 del CPCCN "Los informes que se soliciten a las oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas deberán versar sobre hechos concretos, claramente individualizados, controvertidos en el proceso. Procederán únicamente respecto de actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante?". Tampoco resultan informes técnicos, pues ello encuentra regulación en las disposiciones referidas a la prueba pericial. Y en sentido similar es regulado por el nuevo Código Procesal Penal Federal (art. 174), que se encuentra en proceso de implementación. Es decir, debe referirse a datos que obren previamente en registros. También han sido tratados por algunos tribunales como prueba documental, aunque no parece apropiado, pues su contenido está referido, normalmente, a observaciones personales, cuyo modo de ser introducido en el proceso es el testimonio. No debe perderse de vista que en los denominados "partes preventivos" (policiales) existe por un lado información más o menos objetiva, y, por otro, existen opiniones: conclusiones provisionales que, necesariamente, los integrantes de las fuerzas de seguridad que llevan adelante una investigación, van extrayendo (por inferencias) de los datos que observan. Esas conclusiones, opiniones, salvo en casos excepcionales no pueden ser tenidas en

cuenta como tales. De lo contrario se reemplazaría el razonamiento probatorio de las partes (defensores, fiscales, y jueces). No se trata, como algún despistado podría pensar, de desacreditar la opinión del investigador policial. Pero lo cierto es que las inferencias están sesgadas por las instrucciones que reciben y por la necesidad de confirmar las hipótesis (delictuales) que persiguen. Así, lo que puede resultar valioso son los datos objetivos, libres de interpretación. Por ejemplo, si observaron al imputado encontrarse con alguien, si vieron la entrega de un objeto, etc. Este tipo de datos deberían ser introducidos en el juicio a través del testimonio y, a partir de ellos, serían las partes quienes, realizando racionalmente las inferencias necesarias, obtendrán el resultado probatorio: la corroboración o no de la verdad de la hipótesis acusatoria. Como señala Jordi Nieva Fenoll ('El discutido valor probatorio de las diligencias policiales'; en 'Revista de derecho procesal penal Rubinzal-Culzoni' 2009-1 Santa Fe), de nada sirve tener al frente de un proceso a un juez imparcial y respetuoso con la presunción de inocencia, si luego su función jurisdiccional ha de verse condicionada por diligencias policiales en las que no concurren realmente esas características de constitucionalidad. Por consiguiente, el acto policial nunca podrá tener eficacia probatoria como tal, porque existen notas características del acto jurisdiccional que nunca concurrirán en un acto policial, por perfecta que sea la labor de la policía y sin que ésta pierda su potencialidad operativa, por descontado. Uno de los principios que más sufre en el ámbito de las tareas de investigación es el 'principio de inocencia' que rige la actuación de los jueces y magistrados de la fiscalía. Siendo realistas, creo que es posible afirmar junto con Nieva (ob cit), que es sumamente dudoso que jamás ese derecho fundamental pueda ser realmente efectivo en las diligencias policiales. La policía no puede comenzar sus investigaciones partiendo de la inocencia, porque si fuera así no comenzaría investigación alguna, o bien, mucho peor, iniciaría inquisiciones generales en busca de delito realizando comprobaciones sobre personas carentes de toda sospecha. Además, el celo propio de cualquier profesional que desea desempeñar eficazmente su labor le induce a buscar incansablemente vestigios y culpables, cayendo casi inevitablemente en aquello que en terminología psicológica se llamaría 'anclaje y ajuste', padeciendo un denominado 'sesgo de confianza en juicio emitido', siendo por ello muy difícil que pueda reproducir la realidad de forma completamente imparcial, objetiva y fidedigna. (ob cit, p. 195). Es por ello, que comparto también la afirmación del profesor catalán en cuanto que la labor policial, por sí misma, no puede tener naturaleza probatoria en ningún caso. Nótese también que se arriba al absurdo de que se permitiría por una suerte de 'incorporación por lectura' (impropia), no prevista en el código procesal más que para casos estrictamente indicados, de (pseudo)-declaraciones testimoniales cuando incluso, como sucedió en este caso, el testigo compareció al debate. Por otro lado la determinación de los hechos no puede ser concebida, como señala agudamente Carmen Vázquez, como una suerte de 'momento místico' del juez, no susceptible de control racional. Y si esto es así en relación al Juez, mucho más debería serlo respecto de quienes operan como auxiliares. Lo que se quiere indicar, es que las afirmaciones del preventor deben ser tamizadas también con criterios de racionalidad. Dicho de otro modo, las conclusiones, deben ser razonadas y razonables. Si aceptáramos sin crítica, las conclusiones de las fuerzas de seguridad lo que permitiríamos es que se incorporen esos momentos de 'iluminación' al debate. Insisto, no es incorrecto que la policía que investiga analice los datos y formule sus hipótesis, pero se debe ser consciente al juzgar (y por supuesto al dirigir judicialmente la investigación) de que los sesgos a los que nos referimos anteriormente existen, y esa información debe ser tamizada cuidadosamente para no provocar errores judiciales. El sesgo de confirmación importa dar relevancia sólo a aquella información que reafirma la hipótesis preestablecida por el sujeto, y ello se ve patente en el caso. Con este marco conceptual habremos de analizar el planteo efectuado a la luz de las constancias que al momento del decisorio existían. c)- Análisis del caso propuesto. El fundamento para adoptar la decisión de fs. 66/68 se puede enunciar de la siguiente manera: existió un marco provisto por la fuerza investigadora en el cual la hipótesis propuesta al Magistrado de la Instrucción era que había una 'organización dedicada al tráfico y comercio de estupefacientes'; el enunciado de las notas PD 7-0200/54, 7- 201/67, PD 7-0200/55 y PD 7-0200/78; en el marco antes enunciado el juez cita a la fuerza 'La prevención sigue infiriendo que nos encontramos ante una organización dedicada al tráfico y comercio de estupefacientes integrada por los ciudadanos Fernando Villegas, quien sería el distribuidor financista, quien comercializa y provee a Javier Cruz, este comercializaría las sustancias en el kiosko de nombre de fantasía The Wall y proveer a Damián Gaillard, quien comercializa las sustancias en su domicilio de la tira 5 del barrio 96 viviendas'. Asimismo, sigue diciendo el Dr. Calvete, que valorará las circunstancias que dieron inicio a la investigación y constan en la nota de fs. 1. Agrega el juez que 'avanzada la presente investigación fue dando como resultado, la corroboración por parte de la prevención de que los investigados se encuentran realizando actividades reñidas con la ley 23.737...?', vuelve a citar los informes, esta vez con el número de foja, 'que dan cuenta de tareas de observación por parte de la prevención que hacen referencia a los movimientos que realizan los investigados quienes en numerosas ocasiones son visitados o tienen encuentros esporádicos con diversas personas del ambiente del consumo [énfasis añadido] que solamente permanecen unos segundos para luego retirarse de forma apresurada?'. También hace alusión, de modo genérico, a los registros fílmicos obtenidos en los domicilios investigados. Finalmente se precisa que se obtuvieron los números de las líneas de Gaillard y Villegas. Afirma entonces que la intervención resulta conducente, debido al tipo de delito que se investiga, que se realiza

de modo solapado, sin ostentación, y acota que "siendo la medida solicitada el único modo de avanzar en la investigación...". Se extiende luego el decisorio en citas jurisprudenciales y finalmente hace lugar al pedido. Sin embargo, entiendo en consonancia con lo sostenido por el Sr. Defensor, que el decisorio carece de fundamentación y sólo la tiene en apariencia. Ello así por un doble motivo. En primer lugar pues no hace un análisis racional de los elementos colectados por la Gendarmería y que se le allegan, limitándose a repetir conclusiones de los investigadores, sin tamizarlas. Por otro, pues no presta atención, pese a las citas jurisprudenciales que invoca, a la gravedad de la medida que adopta en orden a los recaudos que deben concurrir para acoger una medida intrusiva como la de la intervención telefónica. Veamos cada uno de los motivos. Desde la perspectiva fáctica, las opiniones (afirmaciones) de los investigadores de la Gendarmería, no encuentran respaldo en los datos que ellos mismos proveen. Resulta llamativo que con una visita de Villegas a Cruz, y por el hecho de que le haya entregado un envoltorio, se concluya que resulta proveedor y financista de una organización dedicada al narcotráfico. Aun suponiendo que dicho envoltorio contuviera sustancia estupefaciente (está claro de que naturaleza, ya que lo blanco de la bolsa puede ser el color propio del nylon, y no necesariamente cocaína, como señalan) no se sigue racionalmente que ese único gesto indique todo lo que predicán. Nótese que el hecho está enlazado con el supuesto pasamanos que anteriormente habría realizado Cruz con Gaillard, del que no puede determinar nada, es decir quién entregó estupefaciente (si ese hubiera sido el caso) y quién dinero. Además como ut supra apuntamos, salvo que existiera un conocimiento previo que la fuerza no admite, no se entiende el por qué se persigue (discrecionalmente) a Cruz y no a Gaillard. Mucho menos por qué se cristaliza la investigación en torno a estos tres sujetos, y no a otros que aparecen luego. Así, por ejemplo, el sujeto que llega en moto a la casa de Villegas e ingresa al fondo, sin que pueda ser visto siquiera el encuentro, por qué se dice que fue a comprar estupefaciente. Pudo ir a venderlo. En todo caso, los recortes de nylon con vestigios de cocaína (más allá de lo que más adelante diré al respecto) resultan más indicativos (indiciarios) de un consumo de sustancia que de su comercialización. Los informes están llenos de datos cuya interpretación está sesgada de modo evidente por la hipótesis que los investigadores elaboraron precipitadamente en el origen de la pesquisa. Como también indicó el Dr. Muschietti, ¿cuáles son los datos que permiten afirmar que existía una organización? O dicho de otro modo, qué referencias concretas existían para vincular de ese modo a los tres imputados. Y no se diga que eso es el objeto de la investigación, pues no resulta inocente a los fines de pedir medidas de prueba afirmar que existe una organización dedicada al narcotráfico. Sabemos que ello genera, aunque debería ser así dentro de ciertos límites, un impacto mayor en aquel que debe decidir sobre el punto. Sin embargo no hay, más allá de las referencias de la nota de fs. 1, ninguna otra que vincule a Gaillard con Villegas. Esta tarea de análisis es la que hubiera sido deseable que obrara en el decisorio ahora cuestionado. Sin embargo, en el mismo sólo se aprecian referencias genéricas no sólo a los datos que aporta la Gendarmería sino, lo que es peor, a sus conclusiones. Y señalo que es peor, pues como he indicado, en este caso resultan infundadas. En cuanto a la información obtenida a partir de los residuos domiciliarios habré de señalar, como ha expuesto el Tribunal anteriormente, que en principio no existen objeciones a la recolección de información (vgr. un número de teléfono) que sirva para llegar a otros elementos de prueba, pero que de ninguna manera la misma pueda ser considerada prueba en el sentido formal de elemento de juicio. Ello así, pues no ha sido obtenida con las garantías que ese tipo de actos requería en cuanto a su autenticidad (origen y cadena de custodia) y fiabilidad. No se trata de desconfiar de las fuerzas policiales, pero lo cierto es que la ley procesal ha revestido de ciertas formalidades algunos de los actos de investigación (allanamientos, requisas, secuestros, etc.) con el fin de salvaguardar la privacidad de los ciudadanos y evitar abusos. Todos estamos sujetos a la ley y a la constitución. No es posible descuidar estos aspectos. Éste es un punto que también debe ser, a mi entender, atendido en la instrucción, pues de lo contrario se permitiría el ingreso irregular de elementos de prueba. En definitiva, los elementos aportados por la Gendarmería no contenían datos concretos, ni siquiera con el grado de provisoriedad que una investigación en ciernes supone, que permitiera sostener la hipótesis que formulaban referida a una organización criminal dedicada al narcotráfico. Es más, ni siquiera eran suficientes para afirmar que el encartado Villegas comerciaba con estupefacientes, pues había sido visto directamente sólo en una ocasión en una actitud sospechosa. El recurso a presentar el caso como de un grupo hacía el efecto de transmitir, la acción de unos a los otros, y el tratamiento global (y no diferenciado por imputado conforme a las concretas constancias de la causa) lleva a incurrir en una falacia argumental, al predicar de todos lo obrado individualmente. En cuanto al aspecto jurídico de las intervenciones telefónicas, las mismas se encuentran reguladas por el art. 236 del CPPN que prevé la posibilidad de que el juez las disponga "por auto fundado". A la vez, como recuerda D'Albora (Código Procesal Penal de la Nación-Anotado, comentado, concordado?, Abeledo-Perrot, 2003, t. I, p.502) la inviolabilidad de la comunicaciones fue expresamente establecida por la ley 19.798 (art. 18); reiterada luego en la Ley de Inteligencia Nacional (art. 5º ley 25.520). El contenido y alcance de estas disposiciones fue precisado luego por la CSJN en el fallo "Quaranta" (José Carlos s/inf. Ley 23737; Q 124, XLI, causa 763). El precedente resulta aplicable al presente pues se discutía la validez de la resolución del juez de primera instancia que había dispuesto con información insuficiente la intervención telefónica. Allí el Címero Tribunal recordó que en su doctrina en torno a los alcances del art. 18 de la Constitución Nacional se consagra "el derecho individual a la privacidad

del domicilio de todo habitante -correlativo al principio general del art. 19- en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público? (con cita de Fiorentino, 306:1752), y que si bien en aquella ocasión se había hecho mención a las comunicaciones telefónicas, ni la protección de su secreto, una interpretación dinámica de su texto (el del art. 18 CN citado) más lo previsto en el art. 3 y en los artículos 11 inc. 2º de la CADH y 17, inc. 1º del PIDCP, en cuanto contemplan en redacción casi idéntica que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, permiten hacer extensivas aquellas consideraciones a casos como el presente. También sostuvo la Corte, que ese derecho federal sólo es realizable de modo efectivo restringiendo ex ante las facultades de los órganos administrativos para penetrar en él (ap. 18), sujetando la intromisión a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada, exigencia esta última que se deriva del mismo artículo 18 de la Constitución Nacional. Y enfatiza ?Sólo en este sentido puede asegurarse que los jueces, como custodios de esa garantía fundamental, constituyen una valla contra el ejercicio arbitrario de la coacción estatal, pues, si su actuación sólo se limitara al control ex post, el agravio a la inviolabilidad de este derecho estaría ya consumado de modo insusceptible de ser reparado, ya que la Constitución no se restringe a asegurar la reparación sino la inviolabilidad misma...? (ap. citado). Además la Corte subraya el hecho de que los jueces están obligados a examinar las razones y antecedentes que motivan el pedido formulado por los órganos administrativos, pues de lo contrario su intervención (la de los jueces) carecería de sentido (con cita a fallos 325:1845). Y enfatiza que una orden de registro (domiciliario o de comunicaciones telefónicas a los fines de develar su secreto y conocer su contenido) sólo puede ser válidamente dictada por un juez cuando ?median elementos objetivos idóneos para fundar una mínima sospecha razonable (ver Yemal, disidencia del juez Petracchi, considerando 5º y sus citas, fallos 321:510) -énfasis añadido. Al igual que en Quaranta, en los presentes, conforme el marco jurídico expresado, es posible afirmar que el juez no expresó en el auto de fs. 66/68 las razones por las cuales consideró procedente la intervención telefónica dispuesta, ni remitió a ningún elemento objetivo en la causa que pudiera fundar una mínima sospecha razonable sobre el imputado Villegas, ni obra -conforme el análisis efectuado de las notas preventivas- información de esas características como antecedente inmediato a la decisión judicial examinada. También resulta relevante indicar que la Corte, en el apartado 21, señala que la mera expresión de la sospecha de un funcionario público no constituye per se la base objetiva a la que viene refiriendo. Y que si el Estado pudiera entrometerse en el secreto de las comunicaciones telefónicas a partir de ?sospechas? de la entidad de las descriptas, el derecho reconocido constitucionalmente resultaría ciertamente de poca o ninguna relevancia. De conformidad con las razones de hecho y de derecho expuestas corresponde hacer lugar a la nulidad articulada respecto de la resolución de fs. 66/68 que dispuso la intervención telefónica del abonado correspondiente a Villegas Gallardo. La exclusión de dicho elemento de prueba conlleva, por fuerza, siguiendo la doctrina de la CSJN in re ?Rayford? (308:733) la exclusión del resto de los elementos de prueba reunidos a partir de la misma. Resta entonces determinar si existe un cauce independiente de investigación que permita continuar con el proceso. La respuesta es negativa, a poco que se observe que el mérito efectuado por el Magistrado de la instancia preparatoria, a fin de disponer las medidas que culminan en el allanamiento de la vivienda de Villegas Gallardo y el registro de su vehículo, hacen pie en las escuchas telefónicas que fueron dispuestas irregularmente conforme lo antes resuelto. De conformidad con lo expuesto, y la doctrina de la Corte Suprema que afirma que en los casos en que en el proceso exista un solo cauce de investigación y éste esté viciado de ilegalidad, tal circunstancia contamina de nulidad todas aquellas pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (fallos 310:2384; 317:1985 entre otros), es conclusión obligada es la declaración de nulidad de todo lo actuado a partir de allí (arts. 236 del CPPN a contrario sensu; 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional). De conformidad con ello, corresponde la absolución de Fernando Damián Villegas Gallardo por los hechos por los que fuera acusado, debiendo cesar todas las restricciones que sobre él pesan. Procédase a la devolución de los efectos secuestrados respecto de los cuales el imputado manifieste interés en recuperar en el plazo de cinco días, con excepción del material estupefaciente que deberá ser destruido.

Regístrese y publíquese. A continuación firman los comparecientes la presente acta, previa lectura y ratificación, de su contenido después del Sr. Magistrado, y por ante mí de lo que doy fe. Se deja constancia que el Sr. Villegas Gallardo no suscribe por no encontrarse en el Tribunal al momento de la impresión de la presente.

LUIS ALBERTO GIMÉNEZ JUEZ DE CÁMARA
MARÍA LÍA HERMIDA FISCAL GENERAL AD HOC ADOLFO M. F. J. MUSCHIETTI DEFENSOR PÚBLICO
OFICIAL PEDRO LUIS BOSIO SECRETARIO 044323E

iv>