

\_\_\_\_\_ Salta, 14 de octubre de 2020. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **Y VISTO:** Estos autos caratulados: “MAMANI, WALTER EZEQUIEL SOBRE ABUSO DE ARMAS AGRAVADO, PRIVACIÓN ILEGITIMA DE LA LIBERTAD, - APELACIONES GARANTIAS CON PRESO”, Expte. N° G 03-24169/20 de la Sala I del Tribunal de Impugnación y, \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **CONSIDERANDO:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 1°) Que a fs. 419/427, la Fiscal Penal de Derechos Humanos, Dra. Verónica Simesen de Bielke, y a fs. 437/444 el Dr. Patricio Diez, representante de la parte querellante, interponen recurso de apelación contra los puntos VII, VIII, IX y X de la resolución de fs. 390/403 vta., del Juzgado de Garantías de Primera Nominación del Distrito Judicial del Sur, Circunscripción Anta, que disponen correlativamente, declarar la nulidad parcial de la ampliación del decreto de imputación fiscal; rechazar el pedido de prisión preventiva de Franco Matías Vizcarra; correr vista a la fiscalía penal de derechos humanos por la posible comisión del delito previsto en el art. 275 del C.P., respecto a las declaraciones de Diego Jacinto Figueroa Orquera, Ramiro Baltazar Serrano e Iris Waildelich; declarar la nulidad de los decretos fiscales de fechas 22/VII/2020 y 30/VII/2020, así como la intervención N° 0018/2020 del 3/VIII/2020. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A su vez, a fs. 458/461, el Dr. Nicolás Ceferino Vedia, por la defensa de Franco Vizcarra, interpone recurso de apelación contra el punto VII de la misma resolución, que dispone declarar la nulidad parcial de la ampliación del decreto de imputación fiscal y rechazar el pedido de prisión preventiva de su asistido, en el entendimiento que la consecuencia del razonamiento del juez “a quo” imponía el dictado de su sobreseimiento.

\_\_\_\_\_ 2°) Que, para disponer la nulidad de la ampliación del decreto de imputación y desestimar el pedido de prisión preventiva de Vizcarra, el juez de grado consideró que esos actos encuentran como único cimiento la declaración testimonial de Waildelich -madre del denunciante-, la cual no condice con el resto de los elementos probatorios obrantes en autos y que fueron valorados por la fiscal para fundar su acusación. En ese sentido, estimó que, al no existir elementos de cargo, la ampliación de la imputación en su contra no puede prosperar. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Para decidir la vista a la fiscalía interviniente, por la posible comisión del delito de falso testimonio de los testigos antes mencionados, sopesó que sus declaraciones son contradictorias y presentan tintes de

mendacidad, toda vez que, en un primer momento, describieron las circunstancias de tiempo y lugar de una manera diferente a la que narraron por segunda vez. Concretamente, entendió que la omisión o distorsión del relato de los testigos, que se encontraban con el denunciante el día del primer hecho, radicaría en que sostuvieron haber estado toda la noche en casa de Diez (jugando con la Play Station), para luego relatar que, en realidad, a la media noche fueron a una fiesta de cumpleaños y que, de ese lugar, volvían en el automóvil conducido por el denunciante.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Para declarar la nulidad de los decretos fiscales de imputación de fechas 22/VII/2020 y 30/VII/2020, así como la intervención N° 0018/2020 del 3/VIII/2020, refirió que la inspección ocular realizada sobre los teléfonos celulares de la Fiscal Penal, Dra. Yonni Zigarán, y del Auxiliar Fiscal, Dr. Sergio Dantur, así como el posterior decreto de citación a audiencia de imputación de éste último, poseen vicios esenciales que los tornan nulos y alcanzan a los actos posteriores. Señaló que el digesto procesal dispone de forma clara que, en el marco de la investigación penal preparatoria, es deber del acusador solicitar autorización del juez de garantías, siempre que se trate de una medida probatoria que pudiera afectar la intimidad de una persona (art. 293 del C.P.P.), sumado a lo normado por el art. 315 del mismo cuerpo legal, que dispone la necesidad de contar con una resolución del juez por auto fundado y a pedido del fiscal, sobre la posibilidad de interceptar correspondencia.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_En esos términos, el juez “a quo” consideró que la diligencia efectuada por orden de la Fiscal Penal de Derechos Humanos, sin previa autorización judicial, no sólo vulnera las reglas procesales que rigen la cuestión, sino que violenta, además, la garantía constitucional de inviolabilidad de la correspondencia, avasallando, así, la intimidad de las personas, por lo que aquélla resulta ilegítima y nula.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_3°) Que la representante del Ministerio Público Fiscal se agravia, en lo medular, en cuanto considera que la resolución recurrida es arbitraria. En esos términos, refiere que, al declarar la nulidad parcial de la ampliación del decreto de imputación y desestimar, a su vez, el pedido de prisión preventiva de Vizcarra, el juez de grado excedió sus facultades de contralor, tras expedirse sobre una acusación afirmada sobre la base de elementos colectados en una investigación que aún se encuentra en curso. A su vez, sostiene que se ha efectuado una valoración incorrecta e inoportuna de los mismos, descartándose sus efectos probatorios de

manera anticipada, sin tener en cuenta los argumentos esgrimidos por el órgano acusador al momento de imputar y solicitar la medida de coerción respecto del encartado. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Asimismo, y como punto de agravio, argumenta sobre la vista dispuesta por el juez "a quo", por la posible comisión de los delitos de falso testimonio de cuatro testigos que prestaron declaración ante fiscalía, en razón de que, a entender de la Fiscal, las variaciones o posibles imprecisiones no revestirían los presupuesto exigidos por el tipo normado en el art. 275 del C.P. Por el contrario, dicha actuación del juez de grado, representa -dice- un supuesto de prejuzgamiento e imparcialidad en el análisis de las constancias de la causa, lo que fundamenta su solicitud de recusación -que corre por separado-. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por último, dirige su vía impugnativa en contra de la nulidad de la medida de inspección ocular dispuesta por la dependencia a su cargo, y el posterior decreto de citación a audiencia de imputación de Sergio Dantur. Señala al respecto, que dicha diligencia se realizó dentro de la esfera de las facultades conferidas a ese órgano investigador, y que, en orden a no violentar ningún tipo de derechos o garantías constitucionales, se solicitó el consentimiento, por escrito, de los titulares de los teléfonos celulares inspeccionados. Agrega, que dicha medida se realizó en el marco de la evacuación de citas correspondiente al imputado Mamaní, quien, al prestar su versión de los hechos, sostuvo que existió comunicación con el auxiliar fiscal en el marco de la solicitud de instrucciones en sus funciones, lo que revestiría importante valor probatorio y demostraría -a su entender- que las conversaciones entre ambos actores no presentarían carácter de privadas. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por todo ello, concluye que el juez de grado ha incurrido en una clara intromisión de las facultades propias del órgano investigador, al adelantar opinión sobre los elementos de convicción reunidos en autos, en base a una incorrecta valoración de los mismos, sumado a la arbitraria decisión de nulificar medidas y demás actos realizados por la Fiscalía, sin que se adviertan, a ese respecto, vicios de orden formal que fundamenten tal sanción procesal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 4°) Que la parte querellante se agravia, en lo medular, en iguales términos que la Fiscal de grado, sosteniendo que la actuación del juez de garantías representó un avasallamiento a las funciones que le son propias al Ministerio Público Fiscal. Señala, a su vez, que la valoración de los

testimonios, respecto de los cuales dispuso correr vista por la posible configuración de un delito, resulta arbitraria e infundada, toda vez que -a su entender- no se advierte una posible conducta que se adecúe al tipo penal descrito en el art. 275 del C.P., sino que, por el contrario, su actuación traduce un apartamiento evidente de la hipótesis fiscal, a pesar que la investigación se encuentra en trámite. Concluye que el magistrado asumió indebidamente funciones de juicio, valorando de manera parcial e incorrecta los elementos probatorios de la investigación penal preparatoria.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_En lo relativo a la nulidad de la inspección ocular de los teléfonos de ambos funcionarios públicos, como del decreto de citación a audiencia de imputación respectivo, sostiene argumentos similares a los referidos por la actora penal; argumentado, medularmente, que la diligencia realizada revistió carácter de inspección ocular y que, incluso, fue consentida previamente por aquéllos, lo cual descarta cualquier tipo de lesión a la privacidad o de algún otro derecho constitucional.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_5°) Que el Dr. Nicolás Vedia, sostiene que, al haberse valorado los elementos de convicción reunidos en la investigación penal preparatoria, y descartado por parte del juez de grado la posibilidad de la participación de su defendido en los hechos investigados en autos, solicita se dicte la nulidad del decreto de citación a audiencia de imputación y el sobreseimiento de su defendido.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_6°) Que los recursos, oportunamente concedidos en la instancia de grado, han sido interpuestos en tiempo, forma y por partes legitimadas; ergo, resultan admisibles. Asimismo, se ha cumplido el trámite de ley y, en su ínterin, este Tribunal ha requerido a la fiscal de grado informe sobre aspectos esenciales que hacen a las apelaciones interpuestas, que remita -por vía informática- distintas constancias del Legajo de Investigación, imprescindibles para ejercer competencia recursiva; tales como los decretos de imputación del señor Dantur, los informes sobre el procedimiento de intervención e inspección ocular y sus correspondientes constancias de retención y cadena de custodia; todo lo cual ha sido correctamente evacuado. Por esas razones, los autos se encuentran, ahora, en estado de resolver.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_A ese respecto, se traen a consideración tres recursos; dos que en lo esencial coinciden y corresponden a la representante del Ministerio Público Fiscal y a la querrela; y el otro, absolutamente opuesto, mediante

el cual la defensa de uno de los imputados pide -indistintamente o en conjunto- la declaración de nulidad de un acto de impulso y el sobreseimiento de su asistido. Pese a tales diferencias en la pretensión, la materia sometida a examen no difiere y permite un análisis conglobado de las tres presentaciones, independientemente de las aclaraciones que, en cada caso puntual, cabe realizar.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_7º) Que según ha precisado este Tribunal en numerosos precedentes (vg. Exptes. N° G01 -117048/14; G02-79620/18 y G01-159613/19, entre otros), a la par de las causales de nulidad absoluta, la competencia de la Alzada se encuentra condicionada por los motivos de agravio propuestos en el recurso, los cuales, de ordinario, deben ser acompañados por un concreto pedido del interesado, amén de las potestades que conserva el Tribunal de exceder ese marco a fin de mejorar la situación del imputado (arts. 514, 528, 529 y cc del C.P.P.).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Los agravios se encuentran conformados por los perjuicios que causa el dispositivo de la resolución impugnada y demuestran el interés del recurrente; los motivos, a su vez, son las razones de tales perjuicios, de modo que constituyen pura actividad crítica o analítica dirigida a demostrar los vicios o defectos de esa resolución tomada como un todo y, por ende, se traducen en las oposiciones fundadas que efectúa el recurrente sobre su motivación. Con ello, se define el objeto puesto a consideración y se limitan los alcances del fallo de segunda instancia (cfr. Barberá de Riso, María Cristina, Los Recursos Penales, Ed. Mediterránea, Córdoba 2006, p. 23).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Esas diferencias, sutiles pero importantes en demasía, cobran especial relevancia en la presente causa, pues, aun al margen de los fundamentos -o motivos- expresados por la Señora fiscal penal de derechos humanos y la parte querellante, sus agravios dirigidos contra la declaración de nulidad de diversos actos procesales, encuentran sustento en las constancias documentadas de la causa que fueron remitidas a este Tribunal. Situación que, consecuentemente, también incide en la respuesta que cabe otorgar a la defensa.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_8º) Que a partir de lo expuesto, las múltiples referencias –sobre todo en el recurso fiscal- relativas a la tipología procesal aplicable al caso y a la dinámica que rige la división de funciones entre el juez y el titular de la acción durante la IPP, tornan imperativo efectuar algunas consideraciones de rigor, a efectos de despejar toda duda y evitar

confusiones que puedan perjudicar la marcha de éste como de todo otro proceso, en desmedro de la justicia y de las garantías que deben resguardar los operadores del sistema judicial. Ello, según lo siguiente:\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_a. Con arreglo a la Ley 7690 y modificatorias, las decisiones relativas a la formalización de la acción penal pública deben provenir exclusivamente del director de la IPP, según surge expresamente de los arts. 5°, 76, 241, 433 y cc del C.P.P. Además, la actividad genérica del Ministerio Público Fiscal se manifiesta en sus conclusiones en forma de dictámenes, expresando opinión provisoria o definitiva sobre el punto o cuestión de que se trata (cfr. Clariá Olmedo, Jorge A., Derecho Procesal Penal, Tomo II. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 275); el manejo de la acción, en esos márgenes, se materializa a lo largo de todo el proceso –y no sólo de algunos actos- en virtud de las concretas intervenciones de su titular (cfr. este Tribunal, L I/16 Fallos 153:456).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Esas reglas –básicas o primarias en el nuevo sistema- obviamente no constituyen premisas aisladas o desconectadas del resto de disposiciones que conforman el sistema contenido en el cuerpo orgánico procesal; consecuentemente, deben ser interpretadas armónicamente con otras, que, en conjunto permiten la correcta actuación de los órganos del Estado predispuestos para actuar la ley penal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Afirmar que el fiscal posee la titularidad exclusiva de la acción penal pública no significa desconocer las potestades de actuación del juez. La división de funciones que informa al sistema procesal actual implicó el traspaso a ese Ministerio de las facultades de dirección e investigación, mas, de ninguna manera, de las potestades de decisión – aun provisionarias- y de coerción que resultan innatas al ejercicio de la jurisdicción (v. CJS, Tomo 152:979). La actuación del juez, ahora, exige siempre de instancia o promoción de parte, pero una vez cumplido ese presupuesto de procedibilidad, conserva todo el gobierno que es propio de su posición procesal para dictar resolución en el artículo o incidente de que se trate; ergo, sostener exceso o intromisión en las atribuciones fiscales merced a las valoraciones de las constancias de la causa es, cuando menos, incorrecto y ajeno al modelo procesal en vigor. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Tan es así, que la nominación otorgada a la magistratura llamada a actuar en esa etapa preliminar -Juez de Garantías- es evidentemente redundante, en tanto todo juez debe tener como norte realizar las garantías individuales; mas ello responde al expreso designio de la ley

de remarcar las funciones específicas de la jurisdicción y, consecuentemente, las que corresponden, merced a la división de funciones, al Ministerio Público Fiscal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ b. Dentro de ese esquema, es un deber innato de la jurisdicción -comprendido el Juez de Garantías- ponderar las constancias del proceso cada vez que su intervención es instada por los interesados, y ejercer sus potestades mediante decisiones que, en esta etapa, resultan absolutamente provisorias. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De acuerdo a lo precisado en el precedente L I/14, Fallos 591:1850, toda decisión del Juez dictada por decreto fundado, auto o sentencia, debe ser motivada. Es así que, como unidad lógico-jurídica, debe contener los motivos del sustrato fáctico que la sustentan (arts. 174 del C.P.P.), valorados con arreglo a la sana crítica racional –regla que, por cierto, rige para cualquier etapa o grado de los procedimientos- (art. 286 del C.P.P.)-, con la correspondiente calificación del hecho (art. 393, inc. “d” del C.P.P.).\_

\_\_\_\_\_ Ello quiere decir que, impuesta la instancia por parte interesada, los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según las constancias de la causa y el derecho vigente (cfr. CSJN, Fallos, 296:633; 298:429; 300:1034; 303:386; 310:1536, entre otros), pauta que, lejos de resultar una faena meramente académica, es una concreta materialización del principio de judicialidad. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ O sea, el juez no sólo puede, sino que debe ponderar y decidir sobre los presupuestos fácticos y jurídicos llevados a su consideración y, entre ellos, muy especialmente, lo atinente a la calificación jurídica de los hechos. No obstante, tal actividad agota sus efectos con el cumplimiento de los actos que le competen –es decir, la solución otorgada al artículo o incidente del proceso llevado a su consideración-, más no puede condicionar la actividad fiscal en orden al ejercicio de la acción que -más allá de los parámetros establecidos al resolver esa cuestión específica- continúa siendo atributo exclusivo del Ministerio Público Fiscal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ c. En definitiva, el debido proceso exige, como elementos imprescindibles, a la acusación, la defensa y la jurisdicción. El acusatorio, la división de roles garantiza el contradictorio y ubica al juez, tercero imparcial, como un árbitro del conflicto penal (v. Clariá Olmedo, Jorge, Tratado de Derecho Procesal Penal, T I, Ed. Ediar, Bs. As., 1962, p. 229 y ss.; Maier, Julio B., La Investigación Penal Preparatoria del Ministerio Público Fiscal, Ed. Lerner, Bs. As., 1975, p. 22 a 24). Acción y jurisdicción

son poderes del Estado atribuidos a órganos diferentes y ello debe asegurarse en su concreta actuación (v. Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, T II, Ed. Lerner Córdoba, 1982, p. 294). La acción penal es el medio para *provocar* y *requerir* la actuación de la justicia, no para actuarla. De manera tal, conforme a mandatos constitucionales, la acción provoca la jurisdicción y ésta última *actúa la ley en el caso concreto*. Se trata de una potestad exclusiva del juez de la causa y, a él corresponde efectuar el juicio intelectual sobre los extremos llevados a su conocimiento, y, particularmente, aún en la etapa preparatoria, cumplir con las operaciones de Derecho que exigen la realización de las funciones de garantías (cfr. L I/15, Fallos 25:119, de este Tribunal).

Siendo ello así, resulta una visión deformada de la declamada separación de roles y a contramano del texto legal –que exige una decisión explícita en ese sentido- pretender que el juez de garantías, ante la instancia fiscal, sólo pueda remitirse a los fundamentos desarrollados por el órgano acusador. Ello significaría afirmar que la función de la magistratura, en este tópico, se reduce a otorgar fuerza ejecutiva a las pretensiones del fiscal. Como consecuencia de tal postura, se derivaría en un vaciamiento del contenido sustantivo a la jurisdicción que los Magistrados están llamados a ejercer, y, además, implicaría el abandono de las exigencias de la ley procesal en materia de motivación de las decisiones judiciales, a riesgo de poner en tela de juicio la seriedad de la administración de justicia.

d. Cosa bastante distinta a esas cuestiones dinámicas y de naturaleza previa -sobre cuya esencia se dirigió la actividad recursiva- es el *modo* en que el juez ejerce sus potestades constitucionales y de ley, es decir, si sus decisiones resultan acordes a las constancias de la causa y al derecho aplicable o, por el contrario, posee algún error, vicio o defecto. Precisamente, la revisión de esos extremos caracteriza la competencia de esta Alzada, pues a la luz del art. 514 del C.P.P., no puede invocarse perjuicio alguno contra el desarrollo de la actividad jurisdiccional sin, a su vez, asociar el motivo de agravio con el contenido de lo actuado o decidido (cfr. Expte. N° G01 116709/14 de este Tribunal).

De esa premisa, que constituye el punto inicial de la concreta regulación procesal de los recursos -advértase que la disposición citada es la primera del Título I, Libro IV, del C.P.P.- surgen las consecuencias que delimitan la función a ejercer por este Tribunal en el presente.

\_\_\_\_\_9º) Que, efectuadas esas necesarias apreciaciones, a fin de despejar la materia principal traída a consideración, cabe referir, preliminarmente, a dos aspectos incidentales: el supuesto prejuzgamiento del juez y su alegado exceso al correr vista por falso testimonio a la fiscal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_De acuerdo con lo expresado en el punto anterior, al examinar y emitir opinión sobre elementos de convicción incorporados a la causa, a efectos de resolver un incidente o artículo de la IPP, el juez juzga -en tiempo presente y sobre materia de su competencia- y no prejuzga, como se sostiene, tanto a modo de fundamento recursivo como para instar su recusación. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Asimismo, tampoco puede surgir materia atendible frente a la vista corrida con arreglo al art. 329 del C.P.P., pues el ejercicio de la acción penal -y con ello también la determinación inicial sobre la posible concurrencia de falso testimonio- es asunto que concierne exclusivamente al Ministerio Público Fiscal (art. 71 del C.P., 5º y cc del C.P.P.); ergo, al mismo sujeto que encuentra en ello un motivo de agravio, cuando -repetimos, por ser de su incumbencia- y al remitirse el supuesto justamente a su consideración, de ello no puede surgir perjuicio alguno. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Ello, sin dejar de mencionar que no es lo mismo el delito de falso testimonio que la inconsistencia de una declaración o su oposición a otras constancias de la causa; a tal punto que esa situación podría surgir también de otras deposiciones agregadas, sin que se haya seguido similar tesitura a su respecto. Además, la figura delictiva (art. 275 del C.P.), por la función de garantías que cumple el tipo pena, se configura no por la falta de adecuación de los dichos a los hechos, sino por la incongruencia entre lo que se sabe y lo que se manifiesta; luego, debe recaer sobre aspectos fundamentales en orden a la actividad probatoria -esto es, que puedan cambiar la conclusión- y no meramente incidentales -si, cualquiera sea la verdad, ello no repercute en la relevancia jurídico procesal del objeto a probar-; todo lo cual, mínimamente, exige transitar hacia otro estadio más consolidado de la investigación, para concluir si podría, o no, concurrir esa infracción penal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_10) Que, despejadas esas cuestiones incidentales, en lo principal, según el orden en que fueron formulados los agravios, cabe examinar el relativo a la nulidad del decreto de imputación cursado contra Franco Matías Vizcarra. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_A ese respecto, se observa que, en el marco de un planteo de

prisión preventiva, el juez “a quo” declaró la nulidad de ese acto imputativo de oficio. Por ende, debe considerarse que estimó la concurrencia de una nulidad de orden general que afectaría al imputado y violaría alguna de sus garantías constitucionales (arts. 221 y 222, 2da. regla del C.P.P.). \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sin embargo, a poco que se analiza la cuestión, surge que la causal postulada para anular ese acto inicial fue la cita -por parte de la fiscal- de los testimonios que el magistrado entiende como falsos en sustento de la imputación y sin ningún otro dato que la avale o confirme. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Amén de que ese acto sólo exige posibilidad, la actuación jurisdiccional incurre en una confusión sobre las causas y efectos de las operaciones intelectivas a su cargo. Por ello, la anulación del decreto de citación a audiencia de imputación no resulta acorde a derecho. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En efecto, el mérito sobre los elementos de la causa -incluido el de los testimonios en cuestión-, siempre es provisional en la etapa preliminar y produce como consecuencia la admisión o rechazo de una pretensión de parte interesada, cuya procedencia, según las normas adjetivas, dependa, entre otras cosas, de la existencia de convencimiento suficiente sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado. Sucede, esencialmente, con la imposición de las medidas de coerción personal -justamente, el asunto por el que fue convocado el juez de grado a resolver- o con otras cautelares, reales o de distintas especies. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En cambio, la declaración de nulidad exige la existencia de un vicio, formal o sustancial, que cause perjuicio a uno o más de los interesados, de modo que, al resultar en la especie insubsanable y ante la imposibilidad de mantener su vigencia o reconocerle efectos, produzca el deber de excluir el acto o, lo que es lo mismo, privarlo de existencia procesal. Por eso, la anulación produce efectos “*ex tunc*”, mientras que las decisiones de mérito operan “*ex nunc*” en la marcha gradual del trámite. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En virtud de lo expuesto, la decisión judicial sobre el punto, puesta en crisis tanto por fiscalía como la querrela, debe ser dejada sin efecto, toda vez que implicó extirpar un acto del proceso merced a valoraciones ajenas al régimen de sanciones procesales. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Por lo demás, es doctrina de este tribunal que la procedencia o no de una medida de coerción debe ser examinada de conformidad a la situación actual en que se dicta, ello porque, a la luz de su naturaleza cautelar o provisional y a los fines asegurativos que persigue, el peligro procesal puede aparecer, reproducirse o desaparecer, en cualquier

momento del proceso, a tenor de las circunstancias o elementos adquiridos o conocidos -al menos en su resultado y valor- en un determinado momento, ya que la cuestión es esencialmente dinámica; ergo, todo ello sólo pueden ser ventilado en la instancia de grado (cfr. Expte. N° 154149/19, Sala IV, voto del suscrito).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Por esas razones, no resulta oportuno expedirse en el presente sobre la situación del mentado imputado, pues ello implicaría examinar una situación superada y distinta a la actual. Consecuentemente, la procedencia o no de la prisión preventiva, es asunto que, de estimarse corresponder, en este estadio procesal debe reproducirse y resolverse, previa instancia de parte interesada y por el juez de grado.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_11) Que a fin de resolver los planteos relativos a las nulidades declaradas sobre los decretos del 22/VII/2020 y 30/VII/2020, y la intervención del 3/VIII/2020, resulta menester volver sobre las funciones del Juez de Garantías que hacen, estrictamente, a su denominación- y a los efectos que éstas producen en el marco de división de funciones que informa a la I.P.P.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Según lo que ya expresamos, la cuestión podría resumirse del siguiente modo: Fiscalía posee potestades autónomas de dirección e investigación, pero, bajo ningún aspecto ellas resultan absolutas o pueden avanzar sobre las seguridades individuales. En otras palabras, cuando pueda verse afectado un derecho constitucional, es requisito ineludible, solicitar orden judicial, previa y escrita, que autorice a practicar la medida. Ello sucede, normalmente, cuando el acto procesal pueda limitar, violentar o restringir de cualquier manera la libertad ambulatoria, la propiedad y la intimidad.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Y esto último es, precisamente, lo que interesa en el caso de autos, en tanto es menester dilucidar si el proceder oficioso y sin intervención judicial de la señora fiscal penal de derechos humanos, al retener y ordenar la inspección de los datos contenidos en distintos teléfonos celulares, violó o no ese sagrado derecho constitucional que, a propósito, entre nuestros antecedentes patrios ya era reconocido por el Estatuto de 1815; luego, desde la Constitución histórica de 1853, es proclamado en la primera parte del art. 19 de la CN y complementada por una prohibición específica -relativa a los papeles y correspondencia privada- del art. 18 de ese ordenamiento supremo.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_La intimidad es, así un ámbito de especial dispensa constitucional,

y sólo puede ser perturbada, bajo estrictos requisitos formales -que incluyen la intervención judicial-, en caso de trascender y exteriorizar una ofensa o daño a otro o a la comunidad. Ese ámbito contiene múltiples manifestaciones y atrapa, entre otras cosas, a las comunicaciones particulares de cualquier tipo (ver González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina 1853/1860 – Concordada con las Obras Completas del autor, edición ordenada por el Congreso de la Nación Argentina, Ed. Estrada, Bs. As. -1ra. edición 1897-, Argentina 1983, p. 207 y 208; Quiroga Lavié, Humberto, Constitución de la Nación Argentina Comentada, Ed. Zavalía, Bs. As., 1996, p. 115 a 120; Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, T I, Ed. Ad Hoc, 2da. edición (1ra. edición 2016), Bs. As., 2016, p. 206 a 210).

---

\_\_\_\_\_ Sin embargo, como todo derecho, la intimidad no es absoluta e, incluso, su definición es reservada -ya desde la Constitución- a una dicotomía entre lo que es privado -y por ende íntimo- y lo que es público. Tan es así que, la cuestión fue destacada por los constituyentes de 1853 al aprobar la cláusula del art. 19 de la CN. En la sesión, a instancia del diputado Ferré, apoyada por varios congresales presentes, previa votación y por unanimidad, se adicionó “la moral” al “orden público”, en fórmula evidentemente conjuntiva que trata de un mismo asunto y le otorga mayor amplitud (v. Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, sesión del 25/IV/1853, Reimpresión, La Plata, 1917, p. 166).

---

\_\_\_\_\_ Con redacción más reciente, del art. 20 de nuestra Constitución Provincial surge una regla distintiva general, en cuanto, en su primer párrafo, exige orden judicial para allanar, interceptar y registrar domicilios, papeles y datos *privados*, destacando el condicionante ya desde su título “Derecho a la Privacidad” como mediante la incorporación de idéntico adjetivo en el texto.

---

\_\_\_\_\_ Algo similar surge de Código Procesal Penal al establecer las disposiciones sobre pruebas atinentes a los procedimientos que deben cumplirse cuando pueda afectarse la intimidad. Ello sucede en los preceptos generales -arts. 288 y 289- y específicos 299, 301, 302, 303, 310, entre otros, puesto que, en todos los casos se deja a salvo el orden, el acceso y la cosa pública.

---

\_\_\_\_\_ Con todo lo dicho, cabe aclarar que el ámbito de lo privado no se identifica, necesariamente, con el lugar donde se desenvuelve la acción o

comunicación amparada -que puede ser perfectamente público pero intrascendente al derecho-. En cambio, la protección depende de la naturaleza del acto y de la trascendencia que éste puede tener hacia terceros, debido a la oportunidad, el medio y las circunstancias que rodean su desarrollo. En virtud de ello, no puede hablarse de intimidad si tales aspectos modales y la probabilidad cierta de que lo expresado -por el medio que fuere- sea lícitamente conocido por otras personas, ya que es algo que el individuo sabe y, por ende, acepta. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Del art. 293 del C.P.P., interpretado sistemáticamente con los otros preceptos mencionados, surgen las diferencias apuntadas que, en suma, definen si es posible o no practicar una diligencia sin intervención judicial o si, por el contrario, ésta es imprescindible. Es así como la primera parte de la norma faculta al director de la I.P.P. a practicar inspecciones sobre objetos y, conjugada con el art. 299 del C.P.P., ordenar las operaciones técnicas y científicas que resultaren menester para mayor eficiencia de la medida. En la segunda parte, en cambio, se impone un limitante relativo que exige orden del juez, sólo en caso de que la medida -por sus particularidades- pueda afectar la intimidad. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 12) Que, a partir de todo lo expuesto, con independencia al consentimiento de las partes, y merced al informe y su ampliación de fs. 473 y 475, surge que "...en fecha 30/07/20 personal del C.I.F. realizó inspección ocular del Dr. Dantur en su teléfono oficial, siendo el mismo el celular marca Samsung Grand Prime número 3875869346 (según informe del C.I.F, de fecha 03/08/20 identificado como CIFSAL202001799/6 a fs. 277 del anexo CIF)..."; y que esa medida, a criterio fiscal, arrojó elementos útiles y pertinentes a la investigación. A su vez, también se realizó la medida sobre el teléfono personal de la señora fiscal Dra. Yonny Zigarán, sin que surjan elementos relevantes. Posteriormente, se remitieron los teléfonos en cadena de custodia y se retuvieron a disposición del Ministerio Público Fiscal. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ De lo informado, entonces, surge que el teléfono del Dr. Dantur y de cuya inspección se obtuvieron datos que -en la tesitura fiscal- fundaron la apertura del proceso, reviste la calidad de oficial, es decir, de uso exclusivo y excluyente para la función o servicio prestado, sin que, por concepto y prohibición normativa interna, pueda ser empleado para asuntos personales o privados. En ese contexto, el celular en cuestión

pertenece al propio Ministerio Público y, a diferencia de lo que podría pasar con los de otros funcionarios de estamentos distintos, ese órgano extra poder podía requerirlo, en cualquier momento, por decisión administrativa, por razones de servicio o por cualquier otra cuestión naciendo la consecuente obligación para el citado auxiliar fiscal -como depositario de tal objeto- de entregarlo.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_De ese modo, el contenido del teléfono podía ser conocido a simple requerimiento y lícitamente por quien, en definitiva, merced a la unidad de actuación de ese Ministerio y a los postulados sobre orden jerárquico que rigen en las relaciones de sus órganos (arts. 3º y 6º de la Ley 7328), y aun en el marco de una investigación lo solicitó. La probabilidad cierta que las comunicaciones en discusión trasciendan a terceros, por la naturaleza de la tenencia del aparato, era sabida y aceptada por Dantur; ergo, tales particularidades, propias de las relaciones internas de un único órgano estatal, excluyen el derecho a la intimidad y, consecuentemente, la necesidad de orden judicial para concretar la medida que se realizó.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Por su parte, si bien uno de los teléfonos aportados por la Dra. Yonny Zigarán es de su uso personal -y por ende no podía procederse del modo en que se hizo- lo cierto es que las inspecciones realizadas no arrojaron datos que -por ahora- posean relevancia. De modo que, aun por supresión hipotética, a esta altura del proceso mantener la nulidad declarada sobre el particular, resulta anticipado y abstracto, sin perjuicio que, en un futuro, de intentar emplearse como elemento de cargo cualquier cuestión de allí extraída, resultará inadmisibles.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_13) Que, finalmente, respecto de los agravios deducidos por la defensa de Vizcarra, en torno al dictado del sobreseimiento que, a su entender, correspondía en autos, debemos recordar que la investigación penal a cargo del Fiscal se presenta como un momento preparatorio en la actividad cognoscitiva del proceso penal, cuya finalidad estriba en la comprobación del hecho delictuoso -con todas sus circunstancias- y la individualización de los responsables, para lo cual, el director de la investigación debe reunir los elementos útiles que le permitan sustentar un juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos y jurídicos de la imputación.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Frente a ello, el sobreseimiento es una decisión que cierra definitiva e irrevocablemente la causa a favor de quien se dicta; por eso, en principio, presupone un estado de convicción asimilable a la certeza

absoluta (cfr. CJS, Tomo 130:715).\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Siendo ello así, en tanto la participación que se le atribuye al imputado Vizcarra no ha sido totalmente descartada, la certeza absoluta que requiere el dictado del sobreseimiento no concurre en autos. Incluso, los argumentos esbozados y circunscriptos a la actividad del juez “a quo”, que por el presente se revoca, ha perdido toda virtualidad como punto de descargo y ha tornado abstractas las alusiones relativas a ello, contenidas en el recurso.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_14) Que, por consiguiente, corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de apelaciones de la Fiscal Penal y el querellante, y revocar los puntos VII y X de la resolución de fs. 390/403 vta.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_Por ello,\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **EL VOCAL N° 2 DE LA SALA I DEL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN,**\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **R E S U E L V E**\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_I. **HACER LUGAR** a los recursos de apelación interpuestos por la Fiscal Penal De Derechos Humanos y el representante de la parte Querellante a fs. 419/427 y 437/444, respectivamente, y en su mérito, **DEJAR SIN EFECTO** los puntos VII y X de la resolución de fs. 390/403 vta.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_II. **NO HACER LUGAR** al recurso de apelación interpuesto por la defensa a fs. 458/461.\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_II. **MANDAR** que se registre informáticamente en el sistema IURIX y se **NOTIFIQUE** por medios electrónicos. **ORDENAR**, asimismo, que se reserve su numeración y protocolización física en el libro correspondiente hasta que las circunstancias lo permitan; y **DISPONER** que, oportunamente, bajen los autos.\_\_\_\_\_