

RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA Nro. 18

NEUQUÉN, 23 de marzo de 2022.

VISTOS:

Estos autos caratulados: "MONSALVE, J. C. - MONSALVE, E. C. - ZAPATA, J. M. - PERALES, A. M. Y CHIANESE, G. A. S/ HOMICIDIO TRIPLEMENTE AGRAVADO (POR FEMICIDIO, CONCURSO PREMEDITADO Y ALEVOSÍA)" (MPFNQ. Leg. Nro. 191150 - año 2021), venidos a conocimiento de la respectiva Sala del Tribunal Superior de Justicia; y

CONSIDERANDO:

I.- En el marco de la audiencia celebrada el día 23 de noviembre del 2021 el señor Juez de Garantías, Dr. Cristian Amadeo Piana, resolvió: a) rechazar la solicitud de la Defensa, en cuanto aspiraba a suprimir los informes de teléfonos celulares o de tráfico de antenas y las eventuales pruebas derivadas de ello, b) declarar la investigación como compleja, y c) ampliar el plazo de la investigación por el término de dos meses (ACTAUD, 93895).

Contra dicha decisión, los señores defensores particulares, Dres. Marcelo G. R. Muñoz y Maximiliano Orpianessi, dedujeron impugnación ordinaria a favor del imputado J. C. Monsalve.

El Tribunal de Impugnación, integrado por la Dra. Liliana Deiub, el Dr. Richard Trincheri y el Dr. Fernando Zvilling, declaró admisible el recurso intentado y rechazó el fondo de la *litis*, sin costas (ACTAUD, 94933, y aclaratoria, de fecha 22 de diciembre de 2021).

Firmado digitalmente por:
TRIEMSTRA Andres Claudio

En contra de dicha decisión, la defensa interpuso impugnación extraordinaria.

II.- La parte recurrente, con invocación de los incisos 1° y 2° del artículo 248 del CPPN, planteó un caso de sentencia arbitraria.

1) Alega que se afectó el derecho a la intimidad de su asistido por la vulneración de sus datos personales, los cuales fueron obtenidos sin orden judicial. Ello, con relación al pedido efectuado por la Fiscalía a tres empresas de telefonía, vinculados con la totalidad de los números de abonado que habrían traficado datos con dos antenas de telefonía celular, así como también las llamadas entrantes y salientes del teléfono móvil del imputado Monsalve con anterioridad al día 24 de mayo de 2021, fecha esta última en la que la Fiscalía recién solicitó a una magistrada judicial autorización para realizar las intervenciones telefónicas.

Considera que la resolución es equiparable a una sentencia definitiva, en tanto ratificó una actividad procesal defectuosa que ocasiona un gravamen de imposible reparación ulterior, que se haría extensiva a sus actos consecuentes.

Define lo que entiende por datos de abonado, de tráfico y de contenido. Cita en apoyo de su postura el caso "Halabi", considerandos 23) y 24), de la CSJN, que sería de aplicación *erga omnes*, en donde se estableció que los datos de tráfico están amparados por la esfera de intimidad personal. En consecuencia, para proceder a su interceptación, se requiere orden judicial fundada (arts. 18, 19 y 43 de la CN; 61 de la Carta Magna Provincial; 1,

inciso 2), y 18 del Convenio de Budapest sobre Ciberdelincuencia, ratificado por ley 27411).

Alude, en idéntico sentido, al caso "Escher y otros vs. Brasil", considerando 114, de la CIDH, sentencia del 6/07/2009, y a antecedentes de tribunales nacionales y federales.

2) Cuestiona que el Ministerio Público Fiscal esté facultado para requerir el registro del tráfico de llamadas sin orden judicial fundada, aun cuando sea en razón de diligencias de investigación, según una particular exégesis del artículo 150, segundo párrafo, del CPPN, que prescindiría de su párrafo primero.

Hizo reserva del caso federal.

III.- Sentado el motivo de la impugnación extraordinaria, corresponde constatar los recaudos de procedencia, atento al principio general de las impugnaciones establecido en el artículo 227 del código de forma. De ello se aprecia:

1°.- El escrito fue presentado en término, por la parte legitimada, ante la Oficina Judicial correspondiente.

2°.- Lo resuelto resulta equiparable a una sentencia definitiva en tanto, según se alega, la decisión objetada generaría un agravio de insuficiente, imposible o de muy dificultosa reparación ulterior.

3°.- La resolución, *prima facie*, podría encuadrarse dentro de los motivos que suscitan cuestión federal suficiente, en tanto se ha puesto en tela de juicio el alcance de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones, materia regida tanto por los

artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, como por instrumentos internacionales de igual jerarquía y la solución ha sido contraria a dicha validez (CSJN, Fallos 333:1674).

No obstante, el tenor de la vía empleada lleva a recordar que, para que proceda el recurso en los términos propuestos, debe existir de parte del recurrente la mención concreta del derecho federal invocado y de su conexión con la materia del pleito (CSJN, Fallos 297:521 y 302:189, entre muchos otros).

En complemento de lo anterior y en íntima vinculación con la nulidad que persigue dicha parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el solo interés formal del cumplimiento de la ley, ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de nulidad por la nulidad misma (CSJN, Fallos 303:554 y 322:507, entre muchos otros).

Enfatizamos aquí que la existencia de un agravio efectivo y actual es imprescindible para la viabilidad de cualquier impugnación (conf. art. 227, 2° párrafo, última parte, del CPPN).

Tal recaudo, a nuestro modo de ver, no se encuentra cumplido por no haberse demostrado: a) que la medida inicial solicitada por la Fiscalía a las empresas prestatarias del servicio telefónico constituya un requerimiento de "datos de tráfico" y que, por ende, suponga una injerencia no autorizada en la vida privada del imputado; y b) que el pedido de registros telefónicos

efectuado con relación al imputado J. C. Monsalve (ocurrido en fecha posterior a la diligencia antedicha) justifique, en el caso, la activación de la regla de exclusión probatoria. Nos explicamos:

A.- Surge de los antecedentes del escrito de impugnación ordinaria que esa Defensa pretendió, ante el Juez de Garantías, *"...la nulidad de la obtención del registro de llamadas y tráficos de antenas requeridas a las compañías prestatarias de telefonía [celular] y todo lo actuado en consecuencia..."*.

B.- En la audiencia de vista de ese recurso ordinario, que concretó el Tribunal de Impugnación en audiencia de fecha 14/12/2021, el señor Defensor Particular expuso oralmente dicha pieza impugnativa, del siguiente modo: *"...Concretamente, ¿que se le planteó al Dr. Piana en la audiencia?: la protección de datos personales, artículo 43 de la Constitución Nacional. ¿A qué está referido esto? La investigación, hay un tráfico importante, que se empezó a analizar un tráfico de llamadas y celdas. Y esas celdas o tráficos de llamadas fueron solicitados por la Fiscalía, no por orden judicial. Se empezó, estuvo más de dos meses interviniendo la Fiscalía, con un cruce de llamadas, celdas, todo. ¿Qué se le planteó al Dr. Piana? Un poco para introducir el tema, sabemos que la parte informática, la parte de celulares hay tres tipos de datos: primero el dato de usuarios, es decir quién es el titular [...] no hay discusión que lo puede pedir la Fiscalía o lo puede pedir la Policía. La segunda cuestión, hay datos de usuarios y datos de contenido [...]"*

no hay ninguna duda que es con orden judicial. ¿Qué se le planteó al Dr. Piana?: que está en discusión los datos de tráfico...". Complementó tal aserto con la doctrina que estimó aplicable al caso (el precedente "Halabi" de la CSJN) y afirmó que, conforme a la interpretación que cabe hacer de tal precedente, los datos de tráfico sólo pueden obtenerse por orden judicial.

C.- En este recurso extraordinario, agregado a fs. 3/15, mantuvo dicha tesis. Explicó en qué consisten los llamados "datos de tráfico" (en alusión al "Convenio Europeo sobre Ciberdelincuencia", Budapest 23/11/2001, al que adhirió Argentina mediante Ley 27411) y objetó la resolución del Tribunal de Impugnación, en cuanto desestimó la aplicación al caso del precedente "Halabi" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por tratarse de una acción colectiva con un objeto diverso, ya que, desde el punto de mira de esa defensa, el valor vinculante de aquel aspecto central de su doctrina estaría patentizado en el considerando n° 23 de ese fallo (que transliteró el Dr. Muñoz a fs. 10 vta./ 12). Evocó luego el párrafo 114 de la sentencia de fecha 6/07/2009 en autos "Escher y otros vs. Brasil" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como así la postura de otros precedentes, ya en el orden nacional, que darían cuenta de la necesidad de requerir orden judicial para la obtención de datos de tráfico (cfr. fs. 13/ vta.).

Sin embargo, durante su crítica colocó en un idéntico nivel varias medidas de diverso signo y contenido comunicativo, a la vez que no mencionó el modo en que presuntamente derivan unas pruebas de otras.

Más allá de ese déficit, considerando que la comprobación y declaración de la insubsistencia de los requisitos jurisprudenciales que condicionarían la intervención de este Cuerpo (entre los que se halla la existencia del gravamen actual) puede concretarse de oficio (CSJN, Fallos 321:3646), corresponde que esta Sala Penal efectúe un concreto análisis sobre el punto.

Para ello, resulta necesario describir el modo en que se obtuvo la información censurada y cómo quedó engarzada a otras evidencias incontrovertidas.

A esos fines repasamos aquí -en lo pertinente- la formulación de cargos efectuada contra el coimputado G. A. Chianese (audiencia del 25/5/2021) pues es la que describe con mayor precisión y cronología el marco de evidencias desde su origen:

"...En primer lugar, se ha agregado el acta de inspección realizada en el lugar del hallazgo del cuerpo de la joven Gifsman [...] De allí, también se colectó, en ese mismo día, la denuncia de desaparición de persona radicada por el esposo de quien, en vida, fuera Agustina Gifsman, el señor M. D., quien ese mismo día sábado 15 de mayo, en horas del mediodía, radicó formal denuncia sobre la desaparición de su esposa, en Comisaría 24, de Cipolletti [...] Obra también en el legajo fiscal, los registros fílmicos tanto del sector de la rotonda, de esta rotonda que une las ciudades de Cipolletti con Neuquén. En este caso son cámaras de seguridad de una empresa 'Ex Lox', en donde se advierte y se puede observar, y se toma como relevante que, entre las 19:18 y 19:20, del día viernes 14 de mayo, se observa un vehículo

de color oscuro, negro o similar, que se detiene en el sector de banquina, de esta rotonda, activa sus balizas y, un minuto después, arriba una camioneta de color blanca, que se corresponde con la camioneta de propiedad del señor T. S., quien, conforme había denunciado el esposo de la joven Gifsman, había sido quien la había pasado a buscar de su domicilio. En esta cámara se observa que una persona desciende de esta camioneta de color blanca y se dirige hacia el vehículo que tenía colocadas sus balizas y que se había detenido un minuto previo. Esta persona sube al vehículo y, ambos vehículos se retiran de ese lugar, perdiéndose incluso de vista del ángulo de visión de esta cámara. Es decir, no habiéndose captado la dirección en la que estos vehículos se retiran [...] Luego también se ha obtenido y obra en el legajo fiscal otro registro fílmico, en este caso, de una vivienda cercana al lugar en donde fue hallado el cuerpo de Gifsman. Es una vivienda particular, en donde se puede observar que, desde las 20:10 a 20:15 horas, de ese mismo día viernes, arriban dos vehículos, que por momentos apagan las luces y luego las encienden. Que se logra divisar que uno de ellos es aparentemente una camioneta tipo Pick Up, de color claro, y el otro vehículo es un vehículo de tamaño menor, de color oscuro. Se observa en esta filmación que, a las 20:36 horas, se genera una explosión, súbita y repentina, una importante llamarada, y que tras ello estos dos vehículos comienzan a movilizarse, ambos, inclusive, estos movimientos que realizan son lentos, es decir, se empiezan a retirar del lugar lentamente. Y el vehículo de menor tamaño permanece

unos minutos más en la zona como observando el fuego que se seguía suscitando en donde luego fue hallado el cuerpo de la joven. En este mismo registro fílmico de esta vivienda se observa que este vehículo regresa al lugar, minutos antes de las 23:00 horas, y luego, en una tercera oportunidad, vuelve a este lugar alrededor de las 23:20 horas [...] Asimismo, se han agregado como evidencias reportes telefónicos. En este caso, el reporte de la línea que utiliza el señor Monsalve. Es un abonado de la empresa "Movistar", el abonado es el número 0299-..... . En este caso, y en lo que se resalta en esta audiencia, se han advertido, en este reporte, que el mismo mantiene comunicaciones frecuentes con el señor Chianese, fundamentalmente a partir del día 21 de abril. Es decir, hay llamadas frecuentes y también se han advertido, a partir de otras diligencias que voy a pasar a exponer, que mantienen también, además de las llamadas comunes, conversaciones a través de la aplicación Whatsapp. El abonado de Monsalve, es decir del autor material, que consideramos es autor material de este hecho, es captado, conforme los reportes que también se han remitido en este sentido, por la antena que opera en la rotonda, esta rotonda en la que se ve por última vez a la víctima, a las 19:15 horas aproximadamente. Es decir, este es el momento en el que, conforme la cámara de esta empresa, se observa ese vehículo al que asciende la víctima, y en ese mismo momento, el abonado que utiliza Monsalve es captado por la antena que opera en ese lugar. Luego este abonado comienza a ser captado por distintas antenas, ya de la ciudad de Neuquén, más precisamente, aquéllas que captan

la zona del tercer puente. Luego las antenas que operan en la zona de parque industrial. Luego, a continuación, es captado por las antenas que operan en la ciudad de Centenario, hasta la zona del hospital, donde también se encuentra la rotonda de acceso a Cinco Saltos. Seguidamente, este mismo abonado continúa operando, traficando datos más precisamente, e inclusive, también realizando llamadas telefónicas, y allí es captado, desde las 20:11 horas, de ese día viernes 14, por la antena que opera en el lugar del hallazgo, es decir, la zona de bardas, de la ciudad de Centenario. En esta antena del lugar del hallazgo, ese abonado, que corresponde al señor Monsalve, es captado hasta las 20:44, de ese mismo día viernes. Y en esa misma antena, este abonado vuelve a ser captado, a las 22:56 horas, y a las 23:21 horas. Coincidente esto, con el registro fílmico de esta propiedad que capta el lugar en donde fue incinerado el cuerpo de la víctima. Es decir, el reporte telefónico del abonado utilizado por Monsalve resulta coincidente con las cámaras de seguridad en donde se ve un vehículo de similares características al vehículo en que la joven asciende en la rotonda de Cipolletti-Neuquén. Por otra parte, y como decía, esta información del reporte telefónico, que se corresponde con el abonado del imputado Monsalve y de donde se vincula las comunicaciones con Chianese, fue complementado con el análisis de apertura telefónica que se realizó sobre el equipo telefónico utilizado por el imputado Chianese, que fue secuestrado en el día de ayer, en el marco de su requisita personal, y en el mismo, es decir, el señor

Chianese había sido convocado en calidad de testigo, a partir de la referencia que hacían otros testigos de este caso, en relación a que el mismo conocía a Agostina, que el mismo sabía del conflicto que Agostina tenía con Monsalve. Y, por ello, es que se lo convoca, en calidad de testigo. Allí el mismo hace referencia a las comunicaciones que él había mantenido con Monsalve, pero desconociendo que hubiera tenido una relación de amistad o trato frecuente con el mismo. Inclusive, el mismo refiere que no conoce el apellido de C., es decir, él lo refiere al señor Monsalve como C., que desconoce donde vive, cuál es su apellido, solamente conoce que el mismo se dedicaría a la venta de frutas y verduras, y que ese era el único contacto que tenía con él. Pero, de esta entrevista que el mismo brinda, se advierten ya, en ese momento, fuertes y serias contradicciones [...] En esta entrevista, y de esta apertura, surge también que la línea utilizada por el señor C. es el abonado que termina en el número 380, y que inclusive es el número, el abonado, que se había obtenido a partir de la información que había brindado la empresa "Movistar", respecto de todos los abonados que habían operado, el día 14 de mayo, bajo la antena que capta la zona de la rotonda de Cipolletti-Neuquén y aquellos abonados que también hubieran operado en la zona del hallazgo del cuerpo de la joven. Es decir, esa información se nos había brindado por parte de la empresa "Movistar", y esto fue lo que se corroboró o se cruzó con la información de este abonado terminado en 380. Es allí donde advertimos que ese abonado que había sido informado por la empresa

"Movistar" como que había estado en la rotonda, y que también había estado en Centenario, correspondía al señor Monsalve. Y esto conduce a indagar sobre esta línea de investigación, que tenía que ver con este conflicto que había tenido la víctima por esta publicación de las fotografías que había hecho respecto de este encuentro mantenido con el señor Monsalve. De la apertura de este teléfono, que tenía y que utilizaba el aquí imputado, se obtuvieron distintas conversaciones de Whatsapp, en donde Chianese le envía audios de Whatsapp a Monsalve, fundamentalmente, a partir del día 21 de abril. También se pudo establecer que los mismos mantenían llamadas por línea, es decir, llamadas comunes, y que, desde el día 10 de mayo, las comunicaciones se realizan de manera más frecuente, inclusive poseen y mantienen comunicaciones el día 14 de mayo, es decir, el día viernes, en donde el señor Chianese le dice que tiene buenas noticias al señor Monsalve, que ya había ubicado a la joven y que estaba todo listo para actuar conforme lo habían pactado..." (cfr. audiencia citada, minutos 00:15:15 y ss).

Efectuada esta larga transcripción, necesaria a nuestro juicio para poner en contexto el marco de evidencias arrojado al legajo, en donde se engarza la información cuestionada por la Defensa, corresponde repasar algunos lineamientos conceptuales en torno a la temática que se plantea.

El derecho a la privacidad es objeto de expresa protección en el bloque de constitucionalidad. En tal sentido, pueden enumerarse los arts. 18 y 19 de la CN; arts. 5° y 9° de la Declaración Americana de los Derechos

y Deberes del Hombre; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (incorporados a nuestro Derecho Interno, conf. art. 75 inc. 22 de la CN).

No existe discusión en cuanto a que ese derecho a la privacidad ampara también el derecho a la intimidad en las comunicaciones telefónicas.

Al punto ello es así, que nuestra Constitución Provincial lo recepta de forma expresa en su artículo 27 (*"Se declara inviolable la seguridad individual. Con ese carácter serán respetados [...] las comunicaciones telefónicas, telegráficas, cablegráficas u originadas por cualquier medio..."*).

Por supuesto, ello no constituye un derecho absoluto, sino que viene sujeto a limitaciones y restricciones que deben estar previstas en la ley en función de intereses que puedan considerarse prevalentes según los criterios de un Estado democrático de derecho (cfr. art. 18 CN y en el caso propio de las intervenciones telefónicas, cfr. art. 67, 2° párrafo de la Constitución Provincial).

Dicha previsión legal tiene anclaje en el artículo 151 del CPPN (***"Interceptaciones telefónicas. El Juez de Garantías podrá ordenar, a pedido de parte y mediante resolución fundada, la intervención de comunicaciones del imputado, por un período determinado..."***).

La cuestión podría no ser tan categórica en el tópico de "datos de tráfico", "reportes" o "sábanas de llamadas".

Sin embargo, según apreciamos, el concepto de "las comunicaciones telefónicas" mencionado en el referido artículo 27 de nuestra Carta Magna local no se limita de modo exclusivo a la conversación mantenida.

Por el contrario, debe tenerse en cuenta que las nuevas tecnologías en materia de telefonía producen datos almacenables que encierran información no inocua, de alto interés para las investigaciones; entre ellos los llamados "datos de tráfico".

La sentencia de 2 de agosto de 1984 del TEDH, "*Malone, James c/ Reino Unido*" reconoció expresamente la posibilidad que el artículo 8 CEDH pudiera ser violado (derecho a la protección de datos de carácter personal) por el empleo de algún artificio técnico que permita registrar cuáles han sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no acceda al contenido de la información misma. Según ese precedente, alcanza "*...cualquier forma de interceptación en el proceso de comunicación, mientras el mismo esté teniendo lugar, siempre que sea apta para desvelar la existencia misma de la comunicación, el contenido de lo comunicado o los datos o elementos externos del proceso de comunicación*" (cfr. también Sentencia n° 247/2010 de la Sala 2° del Tribunal Supremo Español, que evoca de manera literal ese tramo del fallo).

Bajo esa doctrina -que esta Sala comparte y hace suya- se concluye que el secreto de las

comunicaciones no se agota en su contenido, pues cubre además la identidad subjetiva de los interlocutores, así como los datos externos de esa comunicación (vgr. momento, duración y destino).

Ello en tanto, en el contexto tecnológico actual es imposible disociar, sin una relevante afectación de garantías, los mensajes mismos (datos de contenido) de su subproducto, cuya información es almacenada por las empresas que prestan el servicio telefónico (datos de tráfico).

El sistema interamericano de derechos humanos viene prestando atención en los problemas que plantea este tipo de tecnología. En el fallo "Tristán Donoso", la Corte IDH sostuvo que *"aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el art. 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada"* (cfr. Corte IDH, 27/01/09, "Tristán Donoso v. Panamá", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie "C", n° 193, párrafo 55). Dicha protección fue expandida luego, no sólo al contenido de las llamadas mediante su grabación y escucha, sino también al 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 las llamadas mediante la grabación de las conversaciones (cfr. Corte IDH, 6/7/09, "Escher y otro v. Brasil", Excepciones

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie "C", n° 200, párrafo 114).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado desde antiguo que *"...nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, 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"* (CSJN, Fallos 306:1892).

Concorde a dicha exégesis y en especial referencia al tema que aquí se trata, ese Máximo Tribunal expresó que las comunicaciones y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes, integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, agregando que *"...El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda 'injerencia' o 'intromisión' 'arbitraria' o 'abusiva' en la 'vida privada' de los afectados (conf. art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 11, inc. 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tratados, ambos, con jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y art. 1071 bis del Código Civil)..."* (CSJN, Fallos 332:111 "Halabi, Ernesto c/ PEN, Ley 25873, Dto. 1563/04 Amparo, ley 16986", 24/02/2009).

Al amparo de esta concepción, la Ley n° 25.760 modificó -en el orden nacional- el artículo 236 del Código Procesal Penal, que en lo aquí relevante incluyó la orden judicial para los datos de tráfico: *"...Bajo las mismas condiciones, el juez podrá ordenar también la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado o de quienes se comuniquen con él"*. Y a esa normativa aludió, en específico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo de cita al indicar: *"...Es 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 que 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'..."* (cfr. fallo citado, considerando n° 24).

En el orden local se siguió un camino similar, pues si bien el Código Procesal anterior no preveía orden judicial para la obtención de los datos de tráfico, el artículo 150 del Código Procesal vigente lo consignó de un modo expreso: **"Comunicaciones. Para el secuestro de**

correspondencia epistolar y para la interceptación por cualquier medio técnico de otras formas de comunicación personal, se requerirá autorización judicial y se procederá de modo análogo al allanamiento. Podrá ordenarse la obtención, aún en tiempo real, de los datos de tráfico de las comunicaciones transmitidas por un sistema informático y también el contenido de las mismas. La intervención de comunicaciones tendrá carácter excepcional y podrá renovarse cada quince (15) días, expresando los motivos que justifican la extensión del plazo. Las prórrogas no podrán superar los noventa (90) días."

De acuerdo a esa literalidad normativa, no cabe duda que el requerimiento de datos de tráfico recae en la órbita del Juez de Garantías, sin que enerve dicha inteligencia la impronta acusatoria asignada al sistema procesal vigente.

Tal inteligencia es consecuente, además, con el citado "Convenio sobre la Ciberdelincuencia" al que adhirió la República Argentina (Ley 27411), donde se prevé que "Cada parte se asegurará de que la instauración, ejecución y aplicación de los poderes y procedimientos previstos en la presente Sección se sometan a las condiciones y salvaguardas previstas en su derecho interno, que deberá garantizar una protección adecuada de los derechos humanos y libertades [...] Cuando proceda, teniendo en cuenta la naturaleza del procedimiento o del poder que se trate, dichas

condiciones y salvaguardas incluirán una supervisión judicial u otra forma de supervisión independiente, los motivos que justifiquen su aplicación, así como la limitación del ámbito de aplicación y de la duración de dicho poder o procedimiento..." (cfr. art. 15).

Obviamente, ese rol de supervisión debe concretarlo el Juez de Garantías, quien podrá acceder a la obtención de dichos datos de tráfico cuando el pedido contenga justificación suficiente (conf. nuevamente art. 150).

Hasta aquí la coincidencia discursiva con el recurso de la Defensa.

No obstante, como ya se anticipó *supra*, la medida inicial requerida por la Fiscalía no constituyó un pedido de datos de tráfico, por las razones que se expondrán seguidamente.

Preliminarmente y para que se comprenda cabalmente aquella afirmación, corresponde introducirnos en el concepto de datos de tráfico.

La doctrina lo define de este modo: *"...son los datos que rodean el mensaje que se transmite, pero que no forman parte de dicho mensaje. Son un subproducto de las conexiones, que se concretará en función del tipo de comunicación. Así, en una llamada telefónica, se trata del número de teléfono de llamada, el nombre y la dirección del abonado de origen, el número de destino y el nombre y dirección del abonado de destino, la fecha y hora del comienzo y el fin de la comunicación, el servicio telefónico utilizado, y otros datos específicos*

de la telefonía móvil (la identidad internacional del abonado [MSI], también del que llama y del que recibe la llamada; si el servicio es de pago por adelantado: fecha y hora de la primera activación del servicio y la etiqueta de localización o identificador de celda desde la que se haya activado el servicio)...” (cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, 2016, “Los datos de tráfico de comunicaciones: en búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente”, Revista Española de Derecho Constitucional, 108, 19-122. doi, http://dxdoi.org/10.18042/cepc/redc108_03).

El Convenio sobre la Ciberdelincuencia ya citado, los define como “...los datos relativos a una comunicación realizada por medio de un sistema informático, generados por este último en tanto que elemento de la cadena de comunicación, y que indiquen el origen, el destino, la ruta, la hora, la fecha, el tamaño y la duración de la comunicación, o el tipo de servicio subyacente” (cfr. Capítulo I, artículo 1.d).

Ahora bien, el Ministerio Fiscal, en el marco de su actividad inicial no ha pedido informaciones sobre comunicaciones telefónicas puntualmente establecidas. Contrario a ello y en términos mucho más acotados, le solicitó a las tres empresas prestatarias de telefonía celular los números de abonados “...que habían traficado datos o efectuado movimientos en el lugar donde había sido vista la víctima por última vez, y así también en el lugar donde había sido hallado su cuerpo...” (cfr. audiencia de impugnación ordinaria, 14/12/2021, minuto 22:40 y ss).

En otras palabras, les requirió información sobre los números de teléfonos móviles que fueron captados en un determinado tiempo, por dos antenas de telefonía independientes entre sí, para poder entrecruzar dicha información y obtener datos comunes.

Se sabe que cualquier teléfono móvil genera conexiones con las torres de transmisión más próximas, independientemente de los llamados que puedan llegar a establecerse. Y a ello tendió, básicamente, el requerimiento formulado por la Acusación Pública.

Consecuentemente si esa evidencia, relativa al uso o captación de datos móviles, puede obtenerse de forma independiente al subproducto de una comunicación telefónica entre personas, tal información no integra el concepto de comunicación ni puede asignársele la protección constitucional en los términos ya explicados.

En igual sentido, se ha señalado que, ni la localización ni la investigación de los números propios de tarjeta (IMSI) o el dispositivo (IMEI) de un teléfono móvil vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones, pues tales datos no pueden ser considerados específicas condiciones de la telecomunicación: no están vinculados al proceso de comunicación, sino que son independientes de él (cfr. Tribunal Constitucional Federal Alemán, sentencia del 22 de agosto de 2006, BvR 1345/2003). Ello así, pues no hay comunicación humana, sino mero funcionamiento de dispositivos técnicos, un diálogo entre máquinas que no es amparado por el secreto de las comunicaciones.

Los mismos conceptos se encuentran desarrollados por el Tribunal Supremo Español: *"...es posible obtener el IMSI de un teléfono móvil mediante un aparato especial que simula el comportamiento de la red GSM y con el que se inicia un diálogo de forma equivalente al que se sigue en la infraestructura de red de un operador cuando se enciende el móvil o se cambia de célula de cobertura [...] queda fuera del ámbito del secreto de las comunicaciones protegido constitucionalmente el conocimiento del IMSI o del IMEI de los teléfonos que fueron luego intervenidos judicialmente, ya que solo se utiliza un método de 'monitorización' que sirve únicamente para identificar las claves alfanuméricas [...] por lo que no cabe hablar de la referida vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones..."* (cfr. Sentencia n° 481/2016, de fecha 02/06/2006, con cita a su vez de las Sentencias 249/2008, del 20/02/2008 y n° 686/2013, del 29/07/2013).

En estas circunstancias, la respuesta dada por aquellas empresas telefónicas es reflejo de la legítima facultad que tiene el Ministerio Público Fiscal de requerir, en el ámbito de su investigación, *"A cualquier persona física o jurídica que preste un servicio a distancia [...] la entrega de la información que esté bajo su poder o control referida a los usuarios o abonados, o los datos de los mismos."* (conf. art. 153 CPPN).

Bajo estos parámetros, la respuesta brindada en este punto por el Tribunal de Impugnación, a nuestro modo de ver es correcta.

En efecto, tal como lo expresó el vocal ponente en la audiencia en que se dictó por unanimidad el fallo aquí recurrido, *"...en este caso puntual, en realidad, es diferente, porque el problema no es el contenido de una comunicación, y la fiscalía no requirió siquiera, a la empresa prestataria, que de algún modo, a partir de ese momento, comenzara a resguardar la información, el contenido de las comunicaciones telefónicas de todos los teléfonos, de algún teléfono en particular que hubiese estado involucrado en el tráfico de comunicaciones, en ese lugar y en esa franja horaria, sino que, en realidad, esto se trataba, precisamente, de una medida de investigación, de obtención de datos, con la finalidad de orientar investigaciones [...] no se trataba, bajo ningún punto de vista, de la obtención de datos para confirmar o no confirmar una hipótesis de autoría por parte, en este caso concreto, del señor Monsalve. Creo que la diferencia es bastante clara..."* (cfr. audiencia de fecha 14/12/2021, 00.03:48 y ss).

El recurso no rebate este aspecto y solo insiste en su tesis, atinente a los alcances asignables al fallo "Halabi" de la CSJN, lo cual resulta insuficiente para poner en crisis este aspecto central de la sentencia.

En otro orden de ideas y tal como se indicó *supra*, distinta injerencia se desprendería del reporte de llamadas entrantes y salientes que fue requerido, ya avanzada la investigación, con relación al número telefónico asignado al imputado Monsalve.

Sin embargo, para que opere la valoración de pruebas reflejas o derivadas (del modo en que genéricamente lo postula la Defensa) se precisa que concurra no sólo un nexo causal o natural entre la prueba ilícita y la derivada, sino que además exige un vínculo de antijuricidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuricidad).

En este caso, como se desprende del extenso marco fáctico-probatorio ya transcripto, el reporte de llamadas telefónicas que la Fiscalía ordenó en relación al teléfono móvil del coimputado Monsalve no lleva un cauce lineal que lleve a anular actos posteriores conforme a la regla de exclusión probatoria.

En efecto: como se recuerda, el sentido de esa información tendía a establecer algún tipo de vínculo telefónico con el coimputado G. A. Chianese. Y ese detalle de contacto y comunicaciones mantenidas entre ellos, especialmente a partir del día 21 de abril pasado, resultó conocida por un cauce probatorio independiente conforme al cual se logró, orden judicial mediante, la requisita, el secuestro y el examen del contenido del teléfono celular de este último (Chianese), desde donde se obtuvo esa misma evidencia. Incluso se habría logrado determinar, siempre desde este último teléfono, el detalle de llamadas y mensajes de texto y de voz que intercambió con el coimputado Monsalve a través de la aplicación Whatsapp.

En definitiva, hubo diligencias investigativas que, sin acudir a tales reportes o derivar de éstos, permitirían corroborar esa misma información específica.

Así entonces, la conexión telefónica entre ambos imputados y su posible descubrimiento a través de la evidencia que la defensa cuestiona, carece de conexión natural y también jurídica. Por ende, no existe un interés concretamente afectado.

El recurso no explica seriamente este punto. Omite consignar de qué forma, a su juicio, opera dicha conexión y el ámbito de repercusión de ese u otros reportes telefónicos bajo el cual pueda procederse a la anulación de evidencias derivadas. Y ello también ha sido apreciado por la sentencia del Tribunal de Impugnación, en aspecto que no resultó cuestionado por la Defensa: *"...el planteo, en cierto modo [...] ha sido un poco indeterminado desde el punto de vista de qué es lo que se pretende excluir por parte de la Defensa, porque [...] no se señala concretamente a qué números telefónicos se está refiriendo. Si se trata únicamente del teléfono que pertenecería, en principio, de acuerdo a lo que habría surgido de esta audiencia a Monsalve, o se trata de más teléfonos que pertenecerían a una o más personas..."* (cfr. voto del Dr. Zvilling, audiencia citada, minuto 00:01:40/00:02:23).

En vista de los fundamentos efectuados, el recurso extraordinario local deducido en esta sede deviene inadmisibile (conf. art. 227, 1° párrafo y 248 inc. 2°, a contrario sensu, ambos del CPPN).

IV.- Corresponde el afronte de las costas procesales devengadas en esta instancia a la parte perdedora (art. 268, 2° párrafo y 270, primer párrafo).

Por todo ello, esta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia;

RESUELVE:

I.- Declarar **INADMISIBLE** la impugnación extraordinaria interpuesta por los Dres. Marcelo G. R. Muñoz y Maximiliano Orpianessi, defensores particulares de **J. C. MONSALVE**.

II.- IMPONER EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES en la instancia a la parte perdedora (art. 268, segundo párrafo, del C.P.P.N.).

III.- Notifíquese, regístrese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

ALFREDO ELOSÚ LARUMBE
Vocal

MARÍA SOLEDAD GENNARI
Vocal

ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario