

## La constante vulneración de derechos cuando se investigan delitos relacionados con estupefacientes

Por Noelia M. Galera<sup>1</sup>

**Resumen:** *A través de este trabajo, se intentará poner en evidencia la constante vulneración de derechos de rango constitucional y convencional que los avatares del proceso representan a la hora de investigar delitos relacionados con la ley 23.737, situaciones que jamás se vislumbran en los procesos penales seguidos contra individuos imputados por otra clase de delitos.*

**Palabras clave:** delitos de drogas – denuncia anónima - derecho a la intimidad – debido proceso.

Nadie puede poner en dudas el hecho de que la idiosincrasia que rodea la investigación de delitos de drogas es completamente diferente a la que representa la pesquisa de otro tipo de delitos.

El debido proceso, la privacidad, la intimidad, son derechos que implícitamente no se reconocen a los imputados por la ley 23.737, lo que así pretendo demostrar a lo largo de este trabajo.

### La denuncia anónima

Con frecuencia, las causas en las que se investigan esta clase de delitos encuentran su génesis en un llamado anónimo a los operadores policiales.

Este tipo de inicio es tolerado por las autoridades judiciales apoyándose en el artículo 34 bis de la ley 23.737, reformado por la ley 24.424, que expresa: “Las personas que denuncien cualquier delito previsto en esta ley o en el art. 866 del código aduanero, se mantendrán en el anonimato”.

La razón de ser de esta reforma ha sido la necesidad de proteger a quienes brindan información que pueda llegar a esclarecer esta clase de delitos, pretendiendo dotar de eficiencia a la lucha contra el narcotráfico en nuestro país.

El artículo 34 bis de la ley 23.737 se presenta como una excepción a los principios que emanan de los artículos 174, 175 y 176 CPPN, en particular al artículo 175, que impone al funcionario que recibe la denuncia la necesidad de hacer constar la identidad del denunciante.

Ahora bien, el hecho de que se pueda mantener en el anonimato a la persona que denuncia no quiere decir que se trate de una denuncia anónima, a tal punto de que ni el operador policial sepa quien reveló la información.

En este punto, bien señala la doctrina que en realidad “no debe pensarse en que es una denuncia anónima, en su sentido literal, o sea, que la identidad del denunciante es desconocida para todos (un simple llamado telefónico, por ejemplo), sino que su identidad queda reservada por el órgano jurisdiccional actuante, y no se la hace pública entre las partes.”

<sup>1</sup> Defensora Pública Coadyuvante de la Defensoría ante el Juzgado Federal de Río Grande, Abogada, Magister en Derechos Humanos de UnTREF.

Lo que se intenta clarificar es que la autoridad que recibe la denuncia debe identificar al denunciante, sin revelar su identidad en el sumario, la que se mantendrá en reserva.

Al respecto, resulta sumamente revelador lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Norín Catrimán”, en el cual puso en claro que el deber del Estado de garantizar la vida, la integridad y la seguridad personales de quienes declaran en el proceso penal puede llevar a la adopción justificada de medidas de protección, como la reserva de los datos de identificación, que es justamente el método empleado por la ley 23.737.

Sin perjuicio de ello, la Corte dejó en claro que la autoridad judicial debe conocer la identidad del denunciante. De otra manera, no podría discernir si se trata de un individuo que se encuentra impedido de denunciar en razón de lo previsto en el artículo 178 CPPN.

Si bien no es una denuncia formal sino una noticia criminis, no deja de ser el puntapié inicial en la persecución penal seguida a un individuo que ya tiene todas las de perder, al no poder ejercer íntegramente su derecho de defensa, toda vez que se ve impedido de cuestionar la fiabilidad del “anoticiador”.

La práctica tribunalicia distorsiona los alcances del art. 34 bis al iniciar procesos a raíz de llamados anónimos a las centrales policiales. Esto lesiona el debido proceso del investigado, al desoír lo resuelto por la Corte Interamericana, cuyas resoluciones son imperativas para nuestra Nación (conforme doctrina fallo Giroldi, CSJN).

### **Los límites a las tareas de vigilancia**

Luego de esta llamada anónima y anoticiados de la presunta comisión de un

hecho delictivo, las fuerzas de seguridad llevan a cabo tareas de investigación dirigidas a comprobar el ilícito y dar con los posibles autores de esa conducta contraria a la norma penal.

En ese rumbo, recogen todos los elementos de prueba que luego serán puestos a disposición de los Magistrados, quienes ordenaron esas diligencias en primer lugar.

Con frecuencia, las primeras medidas que llevan adelante los preventores son las tareas de vigilancia u observación respecto de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho objeto de la pesquisa, las que se pueden desarrollar en la vía pública, mediante seguimientos u observación de las conductas y comportamientos de los sujetos sobre los que pesa la sospecha inicial.

Para cumplir con dicha misión, los preventores pueden utilizar sistemas mecánicos de captación de imágenes, como fotografías o video filmaciones, siempre y cuando permitan constatar las acciones que el o los investigados llevan a cabo en la vía pública o en cualquier otro espacio abierto.

Sin perjuicio de ello, los avances tecnológicos nos han enfrentado a expedientes penales en los cuales los miembros de las fuerzas de seguridad han captado imágenes a través de drones, hiriendo de muerte el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

La Jurisprudencia española tuvo oportunidad de expedirse acerca de las vistas fotográficas en las tareas de vigilancia llevadas a cabo por la prevención, remarcando que “La captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal siempre que se limiten a la grabación de lo que

ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad. Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial, que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental.” (STS 6/5/93. Publicada en BJCó 179 (1996), Abeledo Perrot Nro. : 0003/000993).

Las tareas policiales de vigilancia no pueden franquear la privacidad de los investigados, la que se encuentra expresamente garantizada por la Constitución Nacional y por los Pactos Internacionales con idéntica jerarquía.

Caso contrario, estaríamos ante un registro domiciliario ilegal sobre un área expresamente protegida por nuestra Carta Magna, otorgando a la prevención más intromisiones que las que las normas adjudican a los jueces.

Sobre las imágenes así obtenidas deviene imperativa la aplicación de la regla de exclusión, toda vez que se encuentra vedada la utilización como medio de prueba de los elementos de convicción obtenidos en franca violación a las garantías fundamentales.

### **El teléfono como ámbito primario de la privacidad**

Al momento en que los constituyentes elaboraron la Carta Magna, entendieron el domicilio como el ámbito central del derecho a la privacidad, pues no se trata de la protección de la propiedad, sino de la libertad y la intimidad del individuo.

Luego de doscientos años de vigencia de nuestra Constitución, nadie duda de que una orden de allanamiento debe ser debidamente

fundada, respondiendo a los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que amerita una medida tan invasiva.

Sin embargo, poco o nada fundamentan los jueces a la hora de peritar la actual zona de reserva por excelencia: el teléfono celular.

Una interpretación progresiva de la Constitución Nacional nos permite concluir que el individuo ha mudado su zona de reserva a ese aparato que nos acompaña día y noche, donde tenemos nuestra actualizada versión de la correspondencia epistolar, donde conviven claves bancarias, videos privados, pruebas vivas de nuestras relaciones amorosas y afectuosas, solo por nombrar algunos de los múltiples datos que atesora el teléfono celular.

Asiduamente, los sujetos encontrados en posesión de sustancia estupefaciente (mucho o poca, ello no importa) son privados de sus teléfonos celulares, los que inmediatamente son peritados, sin ningún análisis previo acerca de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida.

Así, se abre al escrutinio de los jueces las imágenes, los videos, los contactos telefónicos y los mensajes allí almacenados, quedando a expensas del perito la total libertad de revisar todo, sin pautar puntos de pericia ni adelantar de antemano qué información se intenta develar. Una verdadera excursión de pesca que jamás visualizaríamos en la investigación de otra clase de delitos.

Y si esa búsqueda arroja mensajes de texto de una posible maniobra de narcomenudeo, no importa la fecha en que se haya originado, será a criterio de los jueces elemento suficiente para demostrar la comercialización de estupefacientes.

Analicemos en detalle este punto. Para que un individuo pueda ser procesado por

tenencia de estupefacientes, debe existir en el expediente una pericia que de cuenta de que efectivamente el material secuestrado es droga. Entonces me pregunto ¿pueden utilizarse los mensajes para probar un presunto intercambio oneroso de sustancias, sin contar previamente con pruebas de que esa transacción se haya llevado a cabo y sin que la mercancía presuntamente intercambiada haya sido sometida a escrutinio de un perito?

La situación aquí descripta lleva muchas veces a la vulneración al principio de congruencia que exige la inmutabilidad del sustrato fáctico de la imputación durante las etapas principales del proceso, conforme el mismo vaya avanzando.

Es que el sujeto encontrado en posesión de sustancias muchas veces es indagado por esa tenencia pero luego, develada la pericia de su teléfono, es procesado por los mensajes que trajo a la luz la pericia telefónica, intercambiados mucho antes de la fecha del secuestro del aparato celular.

Esto además puede implicar la violación del principio “ne procedat iudex ex officio”. Nótese que, a contrario de lo que recepta el art. 307 CPPN, que impide, bajo pena de nulidad, que pueda ordenarse el procesamiento del imputado sin habersele recibido previamente declaración indagatoria o sin que conste su negativa a declarar; los imputados son procesados por un hecho por el que no fueron previamente indagados (las operatorias de narcomenudeo reveladas por la pericia telefónica).

Medidas como las aquí dispuestas no hacen más que vulnerar el derecho a la intimidad y a la privacidad y al debido proceso, consagrados en los arts. 18 de nuestra Carta Magna, y 8 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

## Conclusiones

No existen dudas acerca de los compromisos asumidos por nuestra Nación en la lucha contra el narcotráfico, pero no podemos dejar de reparar que esos compromisos jamás pueden convalidar la violación de derechos consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de igual jerarquía.

El fin no justifica los medios. Siguiendo al Profesor Jorge Sandro, “...o se resuelve vivir definitivamente en una comunidad jurídica, bajo ciertas reglas que son respetadas inexorablemente, incluso a costa de cierta mengua en la persecución de los delitos; o bien se opta por un sistema policíaco, donde los ciudadanos estén expuestos a la delación institucionalizada, a las investigaciones secretas de la autoridad, a la infracción (grosera o sutil) de las garantías fundamentales y a las provocaciones del gobierno para sorprender a los incautos en delito flagrante. La experiencia histórica de nuestro país debiera inspirar la solución correcta.”

## Referencias bibliográficas

- Carrió, Alejandro, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, ed. Hammurabi, 2004.
- Navarro, Guillermo y Daray, Roberto, “Código Procesal Penal de la Nación”, Hammurabi, Bs. As., 2006
- Sandro, Jorge A.: “Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal” - Doctrina Penal - 1992-A-125 - Año 15