



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS". AÑO: 2010 - N° 1723.



ACUERDO Y SENTENCIA NUMERO: ciento cuarenta y uno.

En la Ciudad de Asunción, Capital de la República del Paraguay, a días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, los Señores en la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia, los Excmos. Señores Ministros de la Sala Constitucional, Doctores **MIRYAM PEÑA CANDIA**, **ANTONIO FRETES** y **GLADYS BAREIRO DE MÓDICA**, ante mí, el Secretario autorizante, se trajo al acuerdo el expediente caratulado: **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS"**, a fin de resolver la acción de inconstitucionalidad promovida por el Agente Fiscal Arnaldo Giuzzio, de la Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción N° 9.

Previo estudio de los antecedentes del caso, la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, resolvió plantear y votar la siguiente:

CUESTION:

¿Es procedente la acción de inconstitucionalidad deducida?-----

A la cuestión planteada el Doctor **FRETES** dijo: El Agente Fiscal Arnaldo Giuzzio, de la Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción N° 9, plantea una Acción de Inconstitucionalidad en contra del Auto Interlocutorio N° 331 de fecha 8 de noviembre de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal tercera Sala en los autos caratulados "Allanamiento solicitado por el Agente Fiscal Arnaldo Giuzzio" alegando la conculcación del párrafo segundo del artículo 256 de la Constitución Nacional.

El fallo impugnado resuelve:-----

"1) **DECLARAR** la competencia de este Tribunal para resolver el Recurso de Apelación interpuesto, 2) **DECLARAR ADMISIBLE** el Recurso de Apelación General interpuesto por el Dr. Jorge Bogarín González por derecho propio y bajo patrocinio de abogados en contra del A.I. N° 241 de fecha 05 de marzo del 2010, 3) **REVOCAR** el A.I. N° 241 de fecha 05 de marzo del 2010, dictado por el Juez Penal de Garantías, Abog. Rubén Riquelme, de conformidad a los fundamentos y con los alcances del exordio de la presente resolución".

Expone el recurrente como antecedentes de la causa, que el 17 de junio del 2009 se tuvo conocimiento de un posible desenlace de un caso penal iniciado en contra de quien fuera Director de la Entidad Nacional Yacyreta, Ing. Paul Sarubbi, a cambio del pago de un monto en dinero a los peritos y funcionarios intervinientes en el caso. La denuncia fue presentada por el periodista Luis Bareiro e iniciada la investigación, se constató que en el año 2008 la Entidad Binacional Yacyreta presentó una denuncia penal, en la que se determinaba un perjuicio patrimonial concreto, siendo los ordenadores de gastos el Ingeniero Paul Sarubbi, el Ingeniero Hugo Ruiz y la Lic. Andrea Peris. La causa citada culminó con dictámenes periciales concluyentes sobre la inexistencia de perjuicio patrimonial y la posterior desestimación de la denuncia en contra de los citados.

El 20 de noviembre de 2009, el entonces Director de la Entidad Nacional Yacyreta Ing. Carlos Cardozo, remitió a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Anticorrupción una nota en la que pone a conocimiento del Ministerio Público la existencia de indicios de un supuesto hecho punible y señala el objeto de donde podría extraerse dichos indicios, indicando un teléfono móvil tipo Blackberry de propiedad de la Entidad Nacional Yacyreta, también remitido en conjunto con la nota citada.

GLADYS E. BAREIRO DE MÓDICA
Ministra

Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

Dr. ANTONIO FRETES
Ministro

Arnaldo C. Pavón Martínez
Secretario

Recibida la denuncia y el objeto el Ministerio Público solicita al Juzgado Penal de Garantías la autorización judicial correspondiente a fin de realizar el examen del teléfono y verificar la información contenida en el mismo, mediante la realización de una pericia. A este acto de investigación se opone el Abogado Jorge Bogarín interponiendo un incidente de nulidad absoluta del procedimiento. Dicho incidente es rechazado en primera instancia y este fallo es impugnado mediante un Recurso de Apelación General que revoca el fallo de primera instancia.-----

Con respecto al fallo de Cámara dice el accionante en su parte medular que adolece de fundamentación aparente y defectuosa y que *el a quo* se ha extralimitado en sus funciones realizando una valoración probatoria en forma extemporánea y errando el procedimiento. Como fundamentación defectuosa, el recurrente señala que del fallo impugnado se colige que los particulares en adelante deberán obtener una orden judicial para acceder al contenido de su propio teléfono y así presentar una denuncia penal cuando por error recibieran una comunicación no dirigida a los mismos que pudiera estar relacionada a la comisión de un hecho punible. Prosigue el mismo recurrente afirmando que ninguno de los sujetos procesales conoce el contenido del teléfono en cuestión, ya que la audiencia destinada a tal efecto no se realizó y por ello, no puede anularse o privarse de efectos a ninguna evidencia y estando el procedimiento en sus estadios iniciales, no podía el *ad quem* referirse a prueba alguna que haya sido obtenida. Continúa exponiendo el accionante que el fallo es auto contradictorio, por cuanto afirma que las evidencias colectadas en la fase previa al juicio oral son elementos de convicción sin dimensión probatoria y finalmente termina realizando una valoración probatoria de una prueba que aún no existe extralimitándose además con ello en sus facultades de órgano revisor. -----

Finaliza el recurrente afirmando que es actividad propia del magistrado de la etapa investigativa otorgar las autorizaciones necesarias para la realización de los actos de obtención probatoria y que lo descrito es precisamente lo que se pretende desde el Ministerio Público. Cuestiona además el fallo por simular su motivación con afirmaciones dogmáticas y la transcripción del planteamiento para las partes.-----

Por su parte en contestación al traslado de ley, el Dr. Jorge Bogarín González por derecho propio y bajo patrocinio de abogado contesta la acción manifestando en lo pertinente que la sentencia en cuestión no es arbitraria y que la misma responde a los mandatos del art. 279 de la Constitución Nacional. Agrega que el fallo impugnado no carece de fundamentos ni de atributos esenciales de los actos procesales decisorios como así tampoco tergiversa los hechos, no se margina pruebas ni se desconoce la ley. Agrega que el Agente Fiscal pretende utilizar a la Sala Constitucional como un tribunal de tercera instancia, como así también que los argumentos de la actora no resultan válidos ni eficaces para acreditar la arbitrariedad de la resolución impugnada, solicitando en consecuencia el rechazo de la Acción de Inconstitucionalidad por su improcedencia. -----

Examinado los autos resulta que el Agente Fiscal Arnaldo Giuzzio de la Unidad de Delitos Económicos y Anticorrupción N° 9, promueve una Acción de Inconstitucionalidad en contra del A.I. N° 331 del 8 de noviembre del 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal Tercera Sala que resuelve revocar el A.I. N° 241 de fecha 5 de marzo de 2010 dictado por el Juez Penal de Garantías Rubén Riquelme en los autos caratulados "*Allanamiento solicitado por el Agente Fiscal Arnaldo Giuzzio*".-----

Recordemos que el 20 de noviembre del 2009 el entonces Director de la Entidad Nacional Yacyretá remite a la Fiscalía Adjunta de la Unidad especializada en Delitos Económicos y Anticorrupción, una nota en la que pone a conocimiento del Ministerio Público la existencia de indicios de un posible hecho punible y entrega un teléfono tipo Blackberry de propiedad de la entidad. -----

La nota citada *ut supra*, tendría relación con la denuncia presentada el 18 de noviembre del 2008 por el supuesto uso irregular de la caja chica del programa de Fondos Fijos de la Entidad Binacional Yacyretá, siendo investigados por la Fiscal Nancy Salomón, el Ing. Paul Sarubbi, Andrea Peris y el Ing. Hugo Ruiz, entonces funcionarios de la institución.-----...///...



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS". AÑO: 2010 - Nº 1723.



En este contexto y conforme a las constancias de autos el Dr. Jorge Bogarín y el Ing. Paul Sarubbi se habrían intercambiado correspondencia de carácter privado, la cual llegaba automáticamente al citado teléfono por su configuración y de esta manera llegó a conocimiento de los funcionarios de la Asesoría Jurídica de la entidad. En la correspondencia aludida, obraría evidencia de un supuesto acuerdo económico para dar por terminada una causa penal según manifestaciones del Ministerio Público, en cuanto a la noticia criminal que causara actos de investigación iniciales obrantes a fs. 1 al 8, 11 y 12, 14 entre otras del expediente judicial.

Citados los posibles afectados por el acto pericial a ser realizado en el teléfono Blackberry como acto investigativo, el Abogado Jorge Bogarín deduce un Incidente de Nulidad de Actuaciones obrante a fs. 86 al 98 de autos. El Incidente fue rechazado por el Juez de Garantías Rubén Riquelme por el A.I. Nº 241 de fecha 5 de marzo del 2010 que a su vez, fue revocado por el A.I. Nº 331 del 8 de noviembre de 2010.

Así pues corresponde analizar el Auto Interlocutorio Nº 331 del 8 de noviembre del 2010 objeto de la Acción de Inconstitucionalidad que se estudia. En primer lugar el Tribunal de Alzada expresa en el fallo, que el Director General de la EBY y sus Asesores Legales admiten haber intervenido o interceptado correspondencia de carácter privado del aparato Blackberry que era utilizado por el ex Director Financiero de la Entidad, Ing. Hugo Ruiz.

Sin embargo, de las afirmaciones de las partes y constancias de autos surge que dicho aparato telefónico fue entregado a la Entidad Binacional Yacyreta por el propio Ingeniero Ruiz cuando éste culminó sus funciones dentro de la entidad binacional y presumiblemente no desvinculó su cuenta de correo electrónico del teléfono.

Sobre el punto además puede entenderse que los nuevos usuarios tenían pleno acceso y disposición del aparato electrónico y lo utilizaban libremente sin necesidad de autorización alguna de particulares u órganos judiciales considerando que el teléfono es de propiedad de la Entidad Binacional Yacyreta. El propio Abogado Jorge Bogarín expresa a fs. 126 de autos, que para el acceso a los correos no se requería contraseña, por la configuración introducida en el teléfono. Se aprecia en este punto, que el fallo analizado se aparta de las constancias de autos en una cuestión medular de la discusión suscitada.

El referido fallo acoge el razonamiento del incidentista Dr. Jorge Bogarín, al afirmar que el art. 26 de la Constitución Nacional establece la inviolabilidad del patrimonio documental de las personas y que esta protección cede únicamente ante una orden judicial dictada por un juez competente, concluyendo que en este caso, el Director de la Entidad Binacional Yacyreta y sus Asesores Legales no contaban con dicha autorización. Es manifiesto que esta afirmación es consecuencia del apartamiento de las constancias de autos descrito precedentemente.

Que en las condiciones apuntadas es importante realizar las siguientes precisiones. El artículo 36 de la Constitución Nacional protege el patrimonio documental y la comunicación privada de las personas y lo declara inviolable. La garantía constitucional que restringe el examen, reproducción, interceptación o secuestro de estos bienes jurídicos solo cede ante una orden judicial fundada y ninguna prueba documental obtenidas en violación a lo prescripto anteriormente, tendrá valor en juicio.

Esta protección del patrimonio documental y la comunicación privada de las personas está dirigida en primer lugar a los órganos del Estado que ejercen el *ius puniendi* o poder punitivo del Estado. Su origen e historia claramente ha demostrado que la finalidad de esta protección fue restringir la actividad de los órganos del Estado en general y en particular de los órganos encargados de la persecución penal, para asegurar al ciudadano el

GLADYS E. BAREIRO de MÓDICA
Ministra

Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

Dr. ANTONIO FRETES
Ministro

Abog. Julio C. Pavón Martínez
Secretario

derecho de no ser molestado ni invadido en su privacidad sino mediando el proceso debido establecido en la ley y siempre que ello fuese indispensable para el esclarecimiento de los asuntos de competencia de las autoridades correspondientes.-----

En el presente caso los autos, ningún agente perteneciente a algún órgano de persecución penal o de la fuerza pública tuvo vinculación con la captación de la información que siendo noticia criminal, causara el requerimiento de realización de los actos procesales de investigación que aún no fueron realizados.-----

Es manifiesto que en el caso no existió violación de la garantía constitucional que protege el patrimonio documental y la comunicación privada de las personas establecida en el artículo 36 de la Constitución Nacional en contra de intromisiones ilegales de agentes en el ejercicio de sus funciones como órganos de persecución penal. En todo caso surge de los autos, que se trató de conductas atribuibles a personas sin el carácter de tales, que accedieran supuestamente a la comunicación privada del Ingeniero Hugo Ruiz quien habría entregado el teléfono utilizado por el mismo a la EBY, sin desvincular su cuenta de correo electrónico y sin necesidad de introducción de clave de seguridad alguna.-----

La porción de las comunicaciones entre el anterior titular de la línea y el incidentista que se encontraría contenido en el aparato telefónico, causa que el mismo sea entregado por los legítimos usuarios a las autoridades, en este caso a la Fiscalía Adjunta de la Unidad Especializada de Delitos Económicos y Anticorrupción.-----

Sobre el punto, existe constancia que los que se sintieron afectados por el acceso de funcionarios de la EBY a la información contenida en los correos que llegaron al aparato telefónico, han accionado por la vía pertinente recurriendo a las herramientas legales que el sistema de justicia penal les otorga, sin embargo, para el juzgamiento de esta cuestión esta situación no nos concierne. -----

La cuestión a decidir en este caso es si puede legítimamente el Estado, mediante los órganos que ejercen la persecución penal, retener información supuestamente incriminatoria cuyo contenido no ha ingresado aún a proceso, proveniente de comunicaciones entre personas distintas a quien recibiera la supuesta evidencia de acuerdo la cronología de hechos descritos y obrantes en autos y si esa información eventualmente podría ser utilizada en contra de alguna persona en el contexto de un proceso penal. -----

Entendemos que ninguna garantía constitucional requiere que el Estado renuncie a esa información obtenida como *notitia criminis* en las circunstancias descritas.-----

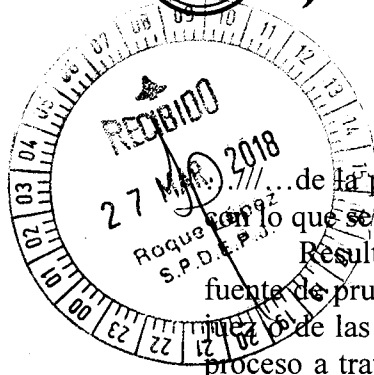
Es legítima la perspectiva del Ministerio Público de utilizar tal información una vez obtenida, con la perspectiva de su utilización en una eventual investigación incluso si resultare incriminatoria, considerando que ningún organismo del Estado en el ejercicio del poder punitivo realizó acto alguno de obtención de la misma que fuera ilegal.-----

Así pues, no se vislumbra la razón por la cual la *notitia criminis* proveniente de una denuncia particular no pueda desarrollarse hasta determinar, mediante los actos procesales pertinentes, el contenido del objeto entregado al Ministerio Público por sus legítimos poseedores no obstante la información que se presume contenida en ellos no haya sido dirigida a quienes la entregaron a las autoridades fiscales.-----

Con lo dicho no estamos afirmando que el ciudadano no se encuentre sujeto a la obligación de adecuar su conducta a la Constitución Nacional y las leyes ni que el Estado pudiera utilizar como evidencia información obtenida ilegalmente por particulares.-----

En este caso, de las constancias surge que los particulares denunciadores accedieron a una porción de información en forma inesperada, no buscada por los mismos y casualmente, tomando la decisión de ponerla a conocimiento de las autoridades para que se determine en la instancia pertinente, si existe o no indicios de la existencia de un hecho punible.-----

Por último en el fallo del Tribunal de Alzada, se puede constatar una llamativa confusión entre los conceptos de medio y fuente de prueba, elemento de prueba y prueba, acto de obtención probatoria y medios de introducción probatoria. Así es que se lee en el fallo, que las fuentes de prueba deben ser legalmente obtenidas y que la ilicitud o no ...///...



de la prueba se relaciona con la forma y modo de obtención de la fuente de prueba por lo que se estaría ante una violación del principio de razón suficiente.

Resulta necesario distinguir entre fuente y medio de prueba. En este sentido, la fuente de prueba se manifiesta a través de los medios. Medio de prueba es la actividad del juez de las partes, orientada a lograr en el juzgador el conocimiento de los hechos en el proceso a través de la percepción y deducción, es decir a través de los medios, los jueces conocen la fuente de la prueba y de éste se deduce el hecho que se va a probar.

Por ello, la fuente se nos muestra como hechos percibidos por el juez y que requieren de una operación deductiva, en tanto que los medios no se conciben como hechos sino como actividad procesal o en su defecto, el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra el fundamento de su convicción (DEVIS ECHANDÍA. Compendio de Derecho procesal. Pruebas Judiciales. Editorial ABC, Bogotá. Tomo II. Pag 187). A modo de ejemplo en un juicio donde una de las partes promueve un testigo para demostrar un hecho, el testimonio sería el medio en tanto que la fuente de prueba serían los hechos descritos o narrados.

Es así que, en el caso *sub examine* no existe aún acto de obtención cumplido sino únicamente requerido por el Ministerio Público. Por ende, no existe aún fuente de prueba que haya sido introducido mediante algún medio de prueba, en consecuencia, sería ir en contra de los principios de la lógica, determinar la exclusión de lo que aún no fue incluido al procedimiento o determinar la ilicitud o licitud de actos de obtención o introducción probatoria aún no realizados.

Por tanto, siguiendo los lineamientos doctrinarios establecidos sobre la Sentencia Arbitraria a los cuales se adhiere esta Sala, vemos con suma claridad que los Magistrados de Alzada incurrieron en arbitrariedad por haberse apartado de las constancias de autos y por violación del principio de razón suficiente en la deficiente y confusa motivación del fallo, resultando en consecuencia equivocada la revocación del Auto Interlocutorio N° 241 de fecha 05 de marzo del 2010 siendo en consecuencia, procedente la alegación del accionante en cuanto a la violación del artículo 256 Segundo Párrafo de la Constitución Nacional.

Según lo expuesto precedentemente sobre las disposiciones constitucionales y en concordancia con el parecer del Ministerio Público mediante su Dictamen N° 1462 del 12 de octubre del 2012, considero que la presente acción debe prosperar y en consecuencia, declarar la nulidad por inconstitucionalidad del Auto Interlocutorio N° 331 de fecha 8 de noviembre de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala en los autos caratulados "Allanamiento solicitado por el Agente Fiscal Arnaldo Giuzzio" correspondiendo el reenvío al Tribunal que sigue en el orden de turno para un nuevo juzgamiento tal y como lo dispone el artículo 560 del C.P.C. ES MI VOTO.

A su turno la Doctora **PEÑA CANDIA** dijo: Comparto la conclusión a la que llega el colega que me antecedió en orden de voto, en el sentido de que corresponde hacer lugar a la presente acción de inconstitucionalidad. No obstante, fundamento mi decisión de la siguiente manera.

El accionante alega la violación del precepto establecido en el Art. 256 de la CN apoyandose, en lo esencial, en dos argumentos: primero en que supuestamente el tribunal de alzada ha analizado hechos y valorado pruebas en una etapa del proceso en la cual esto todavía estaría vedado (etapa preparatoria) y que por lo tanto se ha extralimitado en sus funciones; y luego, en que la resolución atacada adolece de falta de fundamentación.

GLADYS E. BARRERO de MÓDICA
Ministra

Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

Dr. ANTONIO FRETES
Ministro

Abog. Julio C. Favón Martínez
Secretario

En lo que respecta al primer argumento, debo decir que no veo ninguna extralimitación de funciones por parte del tribunal de alzada. En mi opinión, este tribunal no ha hecho más que analizar las constancias de autos y los hechos expuestos por las mismas partes a fin de intentar resolver el recurso de apelación planteado. En ningún momento el tribunal de alzada se ha referido a la existencia o no del hecho objeto del proceso o acerca de la reprochabilidad de los investigados.-----

En lo que respecta al segundo argumento, es decir, que la resolución atacada adolece de falta de fundamentación, no puedo más que dar la razón al accionante.-----

En primer lugar puedo ver que el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, 3.^{ra} Sala, dispuso en la parte resolutive del A.I. N° 331 del 8 de noviembre del 2010: “3) **REVOCAR** el A.I. N° 241 de fecha 05 de marzo de 2010, dictado por el Juez Penal de Garantías, Abog. Rubén Riquelme, de conformidad a los fundamentos y **con los alcances del exordio de la presente resolución** (las negritas son mías)”; no obstante, lo único que se encuentra en el “exordio” es, además de la transcripción de los dichos de las partes y el relato de los hechos, la explicación del tribunal de por qué la lectura del *mail* por parte de los directivos de la Entidad Binacional Yacyreta (EBY) violaría normas constitucionales. Siendo esto lo único de lo que se habla en el fallo, entonces no se explica y no resulta claro cuáles son los alcances a los que la resolución se refiere en su parte dispositiva, pues no se entiende si ella pretende declarar la nulidad de todo el proceso o solo a la nulidad de la entrega del *smartphone* y por ende negar la posibilidad de que la información obtenida del mismo pueda ser introducida y valorada posteriormente como prueba en el proceso. Este vacío en la fundamentación convierte a la resolución en una carente de lógica, pues su parte dispositiva, específicamente al decir “*con los alcances del exordio de la presente resolución*”, se está remitiendo a una fundamentación inexistente. La relación entre el “resuelve” y el “considerando” de una resolución puede ser vista de dos formas, por un lado puede entenderse a la parte dispositiva como el resultado lógico del razonamiento del juez que se expone en el considerando, y por otro lado puede verse al considerando como la motivación de la decisión que el juez tomó y expuso en la parte dispositiva. Desde ambos puntos de vista, la relación entre el “considerando” y el “resuelve” debe ser coherente, pues si existiese una contradicción entre ambas partes o un vacío, entonces esto conllevaría a una resolución arbitraria, pues finalmente el decisorio del juez no estaría fundamentado y, si no está fundamentado, entonces sería producto de su mero capricho o voluntad y no de la aplicación de la ley. Ya solo teniendo en cuenta esto, me puedo permitir afirmar que la resolución atacada es inconstitucional por violar el Art. 256 de la CN.-----

Obiter Dictum

1) Ahora, si bien lo fundamentado en el párrafo anterior ya basta para declarar la inconstitucionalidad de la resolución atacada, yendo un poco más allá y haciendo un análisis *obiter dictum* ya no solo de la resolución atacada sino del expediente de la causa, surge la posibilidad de que la intención del tribunal de alzada haya sido la de anular todo el proceso. Tal posibilidad surge del hecho de que el Abg. Jorge Bogarín, al deducir su incidente en primera instancia, precisamente solicitó la nulidad de todo el proceso (fs. 97); asimismo, cuando su incidente fue rechazado e interpuso la apelación que abrió la competencia del tribunal de alzada, fue nuevamente la nulidad del todo el proceso lo que pidió (fs. 165); en estas condiciones, al haber el tribunal de alzada hecho lugar sin reservas a la apelación, lo consecuente sería entender que anuló todo el proceso. Sin embargo, si realmente esta fue la intención del tribunal de alzada, debería entonces haberlo consignado en el tenor de su fallo, pues la resolución debe sustentarse a sí misma: uno debe poder entender qué es lo que concretamente se dispone y por qué, con la sola lectura de la resolución.-----

Ahora, incluso si se siguiese la hipótesis mencionada en el párrafo anterior, es decir, si uno entendiese que el tribunal de alzada tuvo la intención de anular todo el pro...///...



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS". AÑO: 2010 - Nº 1723.



...ceso, de igual forma seguiría existiendo una falta de fundamentación y además, la decisión se apartaría de las constancias de autos. A continuación explico por qué.-----

1.1) El Abg. Jorge Bogarín fundamentó su pedido de nulidad de todo el proceso con la aplicación de "la doctrina del fruto del árbol envenenado". Según este profesional, la investigación se habría iniciado a raíz de una denuncia presentada por los directivos de la EBY (ver fs. 87, 91, 95, 96, 136, 144, 156, 158, 159, 161). A su vez, los directivos de la EBY habrían presentado la denuncia basándose en información obtenida de la lectura de un mail "ajeno" sin autorización judicial y por lo tanto en violación a lo dispuesto en el Art. 36 de la CN. El profesional argumenta que al haberse violado una norma constitucional, entonces la lectura del mail se encuadraría dentro del supuesto de una nulidad "absoluta" y por lo tanto, conforme al Art. 168 en concordancia con el Art. 166 del CPP, no subsanable. En estas condiciones, al estar viciada de "nulidad absoluta" la obtención de la información contenida en el mail, entonces también resultaría nula la noticia criminis que se fundamenta en ella; al ser nula la noticia criminis, entonces sería nulo todo proceso.-----

De todo lo argumentado por el Abg. Jorge Bogarín, el tribunal de alzada solo se limitó a decir que la lectura del mail fue realizada en violación al Art. 36 de la CN. Sin embargo en ningún momento hizo alusión a porque debería considerarse como un acto procesal la conducta realizada por un particular fuera del proceso, y asimismo, en caso de considerar a esta como tal y de declarar su nulidad, porque debería extenderse esta nulidad a los demás actos procesales. Si nos mantenemos en la hipótesis de que lo resuelto fue la anulación de todo el proceso, entonces debemos asumir que el tribunal de alzada también acogió la argumentación del Abg. Jorge Bogarín sobre la aplicación de la "doctrina del fruto del árbol envenenado". Al respecto debo indicar que si bien esta doctrina es adoptada por nuestro CPP con respecto a los actos procesales en su Art. 171 al establecer que "la nulidad declarada de un acto anula todos los efectos o actos consecutivos que dependan de él", y con respecto a las pruebas en su Art. 174 cuando dice que "carecerán de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías procesales consagradas en la constitución ... así como todos los otros actos que sean consecuencia de ellos", al aplicarla con respecto a actos procesales, el juez o tribunal debe especificar en su resolución a que actos concretos o pruebas se extiende la nulidad. Esta obligación surge en primer lugar del Art. 170 del CPP en donde se establece que el juez o tribunal "señalará expresamente la nulidad en la resolución respectiva". En segundo lugar habla a favor de esta postura una interpretación sistemática, ya que el Art. 171 del CPP establece en su última parte que: "Al declararla —refiriéndose a la nulidad de un acto concreto—, el juez o tribunal establecerá, además, a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la nulidad por relación con el acto anulado"; al decir el artículo imperativamente "establecerá", está imponiendo una obligación para el juez, y si establece la obligación de declarar la nulidad de los actos "anteriores" y "contemporáneos", con más razón debe entenderse que el juez tiene la obligación de declarar la nulidad de los actos "consecutivos"; aquí también puede mencionarse que el Art. 170 habilita al juez a declarar la nulidad incluso de oficio, con lo cual puede afirmarse que si las partes no solicitan la nulidad de los actos consecutivos y dependientes, esto no obsta a que el juez pueda declarar la nulidad de tales actos. Por último, puede agregarse que al imponerse al juez la obligación de aclarar a que actos concretos se extiende la nulidad, además de asegurarse la máxima legalidad del proceso, se está cumpliendo con los principios de economía y concentración consagrados en el Art. 1 del CPP, pues las partes no necesitarían presentar un nuevo escrito para conseguir tal declaración, evitándose así dilaciones innecesarias. Por tanto, si el tribunal de alzada pretendió declarar la nulidad de todo el proceso por aplicación del Art. 171 del CPP,

GLADYS E. BAREIRO de MÓDICA
Ministra

Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

ANTONIO FRETES
Ministro

Abog. *Julio C. Pavón Martínez*
Secretario

debería haber explicado en primer lugar por qué consideró que la lectura del *mail* por parte de los directivos de la EBY puede ser considerada como un acto procesal, y luego haber individualizado a que actos concretos esta nulidad se extiende y porqué.-----

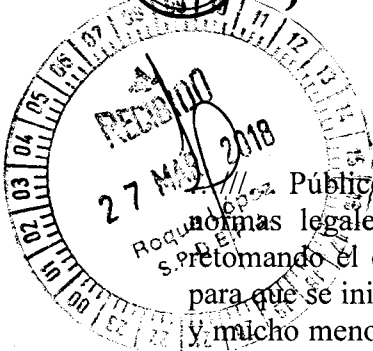
1.2) La necesidad de hacer la especificación indicada en el párrafo anterior cobra especial relevancia en este caso concreto, al tener en cuenta que la relación fáctica expuesta por el Abg. Jorge Bogarín, tanto en su incidente de nulidad como en su apelación, no se condice con las constancias de autos. Como se ha expuesto más arriba, este profesional fundamenta su pedido de nulidad de todo el proceso con el argumento de que la *noticia criminis* proviene de la supuesta violación constitucional cometida por los Directivos de la EBY, sin embargo, como puede verse en la hoja de ingreso de causas penales que obra a fs. 6 del expediente, la investigación se inició debido a una denuncia realizada por el periodista Luis Bareiro y no por una denuncia realizada por el Director de la EBY; de hecho, la entrega del *smartphone* que contiene el *mail* cuya lectura se cuestiona fue realizada recién tres meses luego de que la investigación ya se haya iniciado. Una fundamentación del tribunal de alzada sobre este punto hubiese traído más luz a la cuestión, sin embargo en las condiciones en las cuales fue dictado el fallo, la decisión carece de sentido pues no se ajusta a los hechos contenidos en el expediente. El Abg. Jorge Bogarín expresó también en su escrito de apelación que: “*conforme a la cronología descripta, desde la noticia criminis se menciona el contenido del supuesto correo electrónico, que fue publicado posteriormente en numerosas oportunidades por el periodista Luis Bareiro*”, con lo cual podría entenderse que el mismo indica —aunque sea entre líneas— que pudieron haber sido los mismos Directivos de la EBY quienes facilitaron la información al periodista Luis Bareiro; esto sin embargo no surge de las constancias de autos y por lo tanto no pasa de ser una mera suposición. Por tanto, en la hipótesis de que el tribunal de alzada haya declarado la nulidad de todo el proceso por aplicación de la “doctrina del árbol envenenado”, la resolución seguiría careciendo de fundamentación suficiente y además, en este supuesto, se apartaría de las constancias de autos, lo cual constituiría otra causal de inconstitucionalidad conforme a la doctrina de la sentencia arbitraria (CSJ, Sala Constitucional, Ac. y Sent. N° 733 de fecha 07 de septiembre del 2005; Mendonca & Sapena [2006]. *Sentencia Arbitraria*. Asunción: Intercontinental. Pág. 47).-----

1.3) Al margen de lo expresado en el párrafo anterior, debo también resaltar que en mi opinión, una investigación penal puede ser iniciada con información obtenida “por cualquier medio” y que por tanto, aún si la *noticia criminis* proviene de la lectura de un *mail* sin autorización judicial, esto en nada afectaría el principio de legalidad procesal que obliga al Ministerio Público a investigar todos los hechos que llegan a su conocimiento. Esto puede extraerse del primer párrafo del Art. 315 del CPP, en donde se establece que: “*Cuando el Ministerio Público, de oficio, tenga conocimiento de un supuesto hecho punible, por cualquier medio fehaciente, o por denuncia, querrela, intervención policial premilinar, impedirá que el mismo produzca consecuencias, promoverá y dirigirá su investigación, con el auxilio directo de la Policía Nacional o de la Policía Judicial* (las negritas son mías)”; como puede verse, el CPP habla de “cualquier medio”, con lo cual queda incluida incluso aquella información que provenga de un fuente antijurídica; para aclarar esto, puede darse el siguiente ejemplo: si un abogado defensor, en violación a su deber de guardar secreto (Art. 147 CP) denunciase ante al Ministerio Público hechos detallados acerca de la participación de su cliente en un hecho punible, el Ministerio Público debe investigar este hecho independientemente a que la declaración del abogado no pueda ser posteriormente utilizada como prueba e independientemente a que el abogado deba ser procesado. La única limitación que impone el CPP para iniciar una investigación (además de otras como las previstas en el Art. 305 *in fine* del CPP o Art. 101 del CP), es que el medio sea “fehaciente”; este adjetivo debe ser interpretado sistemáticamente a la luz del principio de legalidad procesal consagrado en el Art. 18 del CPP, y por tanto, como “fehaciente”, debe ser entendido todo medio que otorgue suficientes indicios fácticos sobre la existencia de un hecho punible. En este punto, es importante resaltar que la garantía prevista en el Art. 19 Inc. 9 de la CN no se ve afectada, pues es tarea del Ministerio...///...



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS". AÑO: 2010 - N° 1723.



Ministerio Público en todos los casos recolectar elementos probatorios con observancia de las normas legales, pudiendo incluso el justiciable intervenir en este proceso; por tanto, retomando el ejemplo antes citado, aún cuando la declaración del abogado sea suficiente para que se inicie una investigación, esta no será suficiente para fundamentar una acusación y mucho menos una condena, en este supuesto será tarea del Ministerio Público la de tratar de coleccionar elementos probatorios en estricta observancia de las normas procesales y garantías que protegen al justiciable, y si esto no es posible, entonces deberá optarse por la desestimación o en su caso, sobreseimiento. Si se entiende que una investigación solo puede ser iniciada cuando la información proviene de una fuente legal (Por ejemplo en este sentido con respecto al deber de guardar secreto de los médicos: Cafferata Nores & Montero & Vélez & Ferrer & Novillo Corvalán & Balcarce & Hairabedián & Frascaroli & Arocena [2012]. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 3.^{ed}. Córdoba: Advocatus. Pág. 410), y se es realmente consecuente con esta postura, esto conllevaría al absurdo de que el Ministerio Público, antes de iniciar cualquier investigación por una denuncia, deba primero investigar de donde proviene la información que arrima el denunciante; asimismo, para poder iniciar de oficio una investigación por publicaciones periodísticas, el Ministerio Público debería tratar de averiguar de dónde quitó la información el periodista, lo cual incluso ya sería problemático teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 29 *in fine* de la CN; por su parte, las denuncias anónimas ni siquiera podrían ser tenidas en cuenta, pues al no saberse de quien provienen, no podría saberse de donde proviene la información. Además, si por ejemplo la denuncia se refiere a un hecho punible que está por ocurrir, si no se puede corroborar de donde se obtuvo la información o si la información proviniese de una fuente antijurídica, el Ministerio Público tendría que ignorarla y dejar que el hecho ocurra sin poder intervenir; esto me parece inaceptable. Por tanto, teniendo en cuenta lo argumentado en este párrafo, sostengo la postura de que la lectura del *mail* por parte de los Directivos de la EBY con o sin orden judicial, en nada afecta a la posibilidad del Ministerio Público de iniciar una investigación y por lo tanto, una declaración de nulidad de todo el proceso por este motivo estaría fuera de lugar.

2) Con todo lo hasta aquí expresado, he agotado mi fundamentación sobre la inconstitucionalidad en la hipótesis de que el tribunal de alzada haya pretendido anular todo el proceso; con esto sin embargo, todavía queda por responder a la pregunta de si la información obtenida por los directivos de la EBY con la lectura del *mail* podría o no ser utilizada o valorada posteriormente como prueba en el proceso. En las siguientes líneas me ocupare de esta cuestión.

El accionante resalta que el Ministerio Público hasta la fecha no ha accedido al contenido del *smartphone* entregado por los directivos de la EBY y con ello de forma directa a los *mails* que el mismo podría contener. Cuando el *smartphone* fue entregado, el fiscal interviniente procedió a solicitar autorización judicial para revisar el contenido conforme a lo establecido en el Art. 199 del CPP, solicitando incluso que se fije una audiencia para dar intervención a las partes en concordancia a lo establecido en el segundo párrafo del Art. 200 del mismo cuerpo legal (fs. 11 y sig.). Esta audiencia nunca pudo ser llevada a cabo, debido a presentaciones de la defensa que finalmente terminaron con la resolución que hoy se ataca de inconstitucional. En estas condiciones, no existe base para reprochar el actuar del Ministerio Público en ningún sentido, pues de lo que se observa en las constancias de autos, se ha comportado en todo momento conforme a derecho. Si el Ministerio Público tiene hoy en día algún conocimiento acerca del contenido de los *mails*, este conocimiento es solo el que surge de la nota que presentaron los directivos de la EBY y de las publicaciones realizadas en los medios de prensa; ambos hechos fueron realizados

GLADYS E. BAREIRO RAMÓDICA
INVESTIGADORA

Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

Dr. ANTONIO FRETES
Ministro

Abog. Julio C. Favon Martinez
Secretario

por terceros y por lo tanto (por lo menos de lo que surge de las constancias de autos) no pueden ser atribuidas al Ministerio Público.-----

Ahora, viendo que el Ministerio Público actuó en todo momento conforme a derecho, la pregunta que realmente subyace detrás de este punto es si los elementos probatorios obtenidos por particulares en violación a normas jurídicas, pueden ser utilizados en juicio. Si la respuesta fuere negativa, entonces resultaría irrelevante una posterior actuación correcta del Ministerio Público, pues el vicio ya vendría de la actuación previa del particular. En la doctrina y jurisprudencia extranjera, la cuestión se encuentra discutida.-----

Así por ejemplo, en el derecho estadounidense, el cual es considerado como el principal precursor de las reglas de exclusión probatoria (Hairabedián, M. [2002]. *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc. Pág. 37), se reconoce la validez de elementos probatorios obtenidos por particulares en violación a normas jurídicas, cuando estos actúan sin participación y conocimiento de ningún oficial del gobierno, estableciéndose así la obtención ilegal de evidencia por un particular como una excepción a la regla de exclusión probatoria (*Burdeau v. McDowell*, 256 US 465 [1921]; Burkoff, J. [1981]. *Not So Private Searches and the Constitution*, pág. 627 y sigs. [627] en *Cornell Law Review*, vol. 66. Recuperado de <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4240&context=clr>). El Argumento para ello consiste en que, históricamente, la regla de exclusión probatoria ha sido creada para desterrar comportamientos ilegales de la policía (Taslitz & Paris [1997]. *Constitutional Criminal Procedure*. New York: The Foundation Press, Inc. Pág. 428); es decir, la regla de exclusión probatoria tendría un fin disuasivo o educativo solo con respecto a los órganos estatales de persecución penal y por lo tanto, no existiría la necesidad de aplicarla frente a particulares, pues estos no serían blancos de la disuasión o educación buscada. Entre las críticas realizadas a esta postura se encuentra el hecho de que existen muchos agentes de seguridad o investigación privada, que en muchos casos suplantando a la policía, y que por lo tanto la regla de exclusión probatoria también debería dirigirse a ellos (Cfr. Hairabedián [2002], pág. 142); asimismo, también se ha dicho que aún cuando los particulares puedan actuar de buena fe y buscando ayudar a la policía en el cumplimiento de sus funciones, en la práctica es difícil ver un heroísmo en estas conductas puesto que finalmente los particulares obtienen información o evidencia de forma notoriamente ilegal para destruir a su vecino o competidor; por otro lado, haciéndose alusión a que la jurisprudencia también ha manifestado que permitir este tipo de conductas de los particulares desafiaría los límites establecidos por el Estado para ser opuestos contra todos, otorgando *de facto* a los particulares la ventaja de poder realizar búsquedas o arrestos que incluso los oficiales de policía no podrían hacer, se ha afirmado que el Estado no debería comprometer su integridad jugando el papel de cómplice al utilizar el fruto de este tipo de conductas ilegales de particulares (Burkoff [1981], pág. 670 y sig.).-----

En el derecho alemán, también se reconoce la validez de elementos probatorios obtenidos ilegalmente por particulares, siempre que estos no hayan sido obtenidos a través de una extrema violación de derechos humanos (como por ejemplo, cuando un particular obtiene una confesión del autor a través de torturas), y siempre que el particular no haya actuado con o para el órgano estatal de persecución penal; el argumento de esta postura consiste en que las normas procesales solo se dirigen a los órganos estatales y no a los particulares. (Beulke, W. [2010]. *Strafprozessrecht*, 11.^{ma} ed. Heidelberg: C.F. Müller. Pág. 310; Roxin & Schünemann [2014]. *Strafverfahrensrecht*, 28.^{va} ed. Múnich: C.H. Beck. Pág. 188).-----

En el marco del derecho argentino, se han aceptado diferentes excepciones a las reglas de exclusión probatoria conforme a las cuales se han admitido elementos probatorios obtenidos ilegalmente, independientemente a que la obtención se haya dado por agentes estatales o por particulares; así por ejemplo, se han reconocido entre otras, las excepciones de fuente independiente, hallazgo inevitable, y teoría del riesgo (Cfr. Cafferata Nores et. al. [2012], pág. 288 y sig.; Carrió, A. [2012]. *Garantías constitucionales en el proceso...///...*



ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS". AÑO: 2010 - N° 1723.



penal, 5.^{ta} ed. Buenos Aires: Hammurabi. Pág. 325 y sigs.; Clemente, J. [s.f.]. *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*. Tomo II. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba. Pág. 179; Hairabedián [2002], pág. 67 y sigs.). En lo que respecta específicamente a las pruebas obtenidas ilegalmente por particulares, se ha sostenido la posibilidad de utilizar este tipo de elementos probatorios en casos en los cuales el particular es la víctima; el fundamento de la admisión sin embargo no es genérico y surge más bien de la aplicación al caso concreto de una de las excepciones citadas; así por ejemplo, para la admisión de grabaciones o filmaciones ocultas realizadas por un particular sin orden judicial, el fundamento que se ha utilizado se basa en que, quien exterioriza libre y voluntariamente su vinculación con un delito, asume el riesgo de que su exteriorización pueda ser reproducida posteriormente en tribunales y que por lo tanto, no puede luego querer ampararse en las garantías de protección de la intimidad o derecho a no autoincriminarse (Cfr. Chaia, R. [2013]. *La prueba en el proceso penal*. 2.^{da} ed. Buenos Aires: Hammurabi. Págs. 144, 883 y sigs., con más citas y fallos). Ahora, fuera de los casos en los cuales es aplicable alguna de estas excepciones, se sostiene que las reglas de exclusión probatoria no hacen diferenciación entre agentes estatales y particulares y que por la tanto rigen para ambos (Clemente [s.f.], pág. 179); por otro lado, también se sostiene que la jurisprudencia de este país, al fundamentar la aplicación de excepciones a las reglas de exclusión probatoria, ha prestado mayor interés al argumento de no convertir a la administración de justicia en beneficiaria de medios probatorios obtenidos por vías ilegítimas antes que al argumento de la búsqueda de disuasión de conductas indeseadas de los agentes estatales, y que en consecuencia lo más consistente es no admitir la validez de pruebas ilegales obtenidas por particulares (Carrió [2012], Pág. 348).-----

En este contexto, no hay que dejar de lado que Argentina es un Estado Federal en el cual las provincias tienen ordenamientos jurídicos propios que muchas veces difieren entre ellos y que la regla de exclusión probatoria no se encuentra regulada de igual forma en todos lados. Así, una consideración especial amerita la provincia de Córdoba, pues su CPP fue una de las fuentes directas de nuestro CPP actual (Corte Suprema de Justicia, División de Investigación, Legislación y Publicaciones [2001]. *Colección de Derecho Penal, Código Procesal Penal de la República del Paraguay*. Tomo III, 2.^{da} ed. Asunción. Exposición de Motivos Pág. XXIX). En esta provincia, a diferencia de otras del mismo país y a diferencia de los ordenamientos jurídicos extranjeros citados anteriormente, la regla de exclusión probatoria se encuentra establecida de forma expresa —incluso con excepciones— tanto en la Constitución Provincial, como en el propio CPP. En la Constitución Provincial, específicamente en su Art. 41, se establece que: “...*Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella* [...]”; por su parte, el Art. 194 del CPP reproduce este mismo texto. El hecho de que exista esta regulación de forma expresa y sin hacer diferenciación entre órganos estatales de persecución penal y particulares, ha llevado a que se sostenga que la misma se aplica a ambos y que por lo tanto, no puede constituir una excepción autónoma el simple hecho de que quien haya obtenido ilegalmente la prueba haya sido un particular (Hairabedián [2002], pág. 222).-----

Mirando estos ordenamientos jurídicos, los cuales han sido citados por tener de una u otra forma influencia en el desarrollo de nuestro sistema penal actual, puede afirmarse que la tendencia es, si bien no exenta de críticas y con diferencias en la fundamentación, la de admitir en el proceso penal elementos probatorios obtenidos ilegalmente por

GLADYS E. BARBIRO de MÓDICA
MINISTRA

Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

Dr. ANTONIO...
Ministro

Abog. Julio C. Pavón Martínez
Secretario

particulares, siempre y cuando estos actúen de forma independiente y sin la intervención de los órganos estatales de persecución penal. Asimismo, dejando a Argentina de lado, podría también afirmarse que los argumentos para la admisión de estos elementos probatorios en Estados Unidos y Alemania se parecen, pues básicamente se sostienen en que el actuar de los particulares no sería el blanco de las normas procesales o de la regla de exclusión probatoria.-----

Ahora, más allá de que esta sea la tendencia en los ordenamientos jurídicos extranjeros, la pregunta que debemos hacernos es si el ordenamiento jurídico-penal paraguayo (dentro del cual debe integrarse a la CN) permitiría seguir esta tendencia y en caso de que sí lo haga, si esta solución es deseable a la luz de los valores, ideales y características propias de nuestro país.-----

Así, entrando al análisis de la cuestión desde este punto de vista, de buenas a primeras saltaría a la luz el hecho de que es el Ministerio Público quien dirige la investigación y quien tiene la carga de la prueba en los procesos por hechos punibles de acción penal pública (Arts. 52, 53 CPP), y quien en su labor investigativa, con la eventual ayuda de la Policía Nacional (Art. 58 CPP), debe coleccionar todos los elementos probatorios de cargo y de descargo (Arts. 279, 280 CPP). Si se otorga importancia únicamente a este hecho, podría entonces querer sostenerse que efectivamente las conductas de los particulares se encuentran sustraídas del ámbito de aplicación de la regla de exclusión probatoria; esto sería así, porque si es el Ministerio Público quien dirige la investigación con la eventual ayuda de la Policía Nacional, y es solo este quien tiene la carga probatoria, lo lógico parecería entender que el fin de las exclusiones probatorias es solo el de limitar la actividad de estos órganos estatales. Con esto, parecería que las posturas predominantes en el derecho estadounidense y alemán podrían ser adoptadas sin más en nuestro ordenamiento jurídico-penal. Sin embargo, esta asunción conlleva un análisis superficial de la cuestión en estudio y con ella se estarían soslayando diferencias trascendentales entre nuestro ordenamiento jurídico-penal y el de los Estados Unidos y Alemania. En primer lugar hay que tener en cuenta que Estados Unidos se enmarca en la tradición jurídica del *common law* y que ha sido la jurisprudencia quien ha creado y desarrollado la regla de exclusión probatoria; en estas condiciones, no existiría ningún reparo en que sea también la misma jurisprudencia la que determine cuáles son las excepciones a la regla que ha creado; el Paraguay es sin embargo un Estado de Derecho que se enmarca en la tradición jurídica del derecho continental, lo cual cambia las reglas de juego para el análisis de la cuestión, pues la jurisprudencia no puede ir más allá de lo que la ley le permite. Dicho esto, hay que mencionar que la segunda diferencia consiste en que en el Paraguay, al igual que en la provincia de Córdoba y a diferencia de en Alemania y Estados Unidos, la regla de exclusión probatoria se encuentra regulada expresamente en la CN y en el CPP (Esta regulación expresa en el Paraguay a diferencia de Alemania ha sido resaltada por Strunsee, E., en una charla denominada "La prueba prohibida", ofrecida en fecha 3 de octubre del 2001 en el salón auditorio del Poder Judicial en Asunción, Paraguay. La charla se encuentra publicada en el libro *Avances del pensamiento penal y procesal penal*, Asunción: Intercontinental, págs. 315-337). Cabe acotar que la regulación en nuestro país no hace distinciones entre órganos estatales y particulares y que es además todavía más estricta que en la provincia de Córdoba, puesto que nuestros textos normativos no hacen alusión expresa a ninguna excepción a la regla. En estas condiciones, para poder afirmar que la obtención ilegal de un elemento probatorio por un particular constituye en nuestro país una excepción a la regla de exclusión probatoria, hay que entonces poder afirmar que esto surge de nuestro marco normativo.-----

Así, habría que poder sostener que el Inc. 9 del Art. 17 de la CN fue incluido en el texto constitucional solo para limitar la actuación de órganos estatales. En mi opinión, esta postura es difícil de sostener. En primer lugar, si bien este punto no ha sido siquiera discutido en la Convención Nacional Constituyente (Cfr. Diario de Sesiones de la Plenaria de la Convención Nacional Constituyente, Acta de la Sesión Ordinaria N° 12 de fecha 27 de abril de 1992, Pág. 35; Diario de Sesiones de la Comisión Redactora de la ...///...



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS". AÑO: 2010 - N° 1723.



Convención Nacional Constituyente, Acta N° 10 de fecha 13 de marzo de 1992), hay que tener en cuenta que las excepciones a la regla de exclusión probatoria son ya antiguas; por ejemplo, la excepción denominada como "descubrimiento inevitable" (Cfr. *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 [1984]) y la de "buena fe" (Cfr. *United States v. Leon*, 468 U.S. 897 [1984]), ya habían sido reconocidas al momento de sancionarse nuestra Constitución Nacional de 1992. Con respecto a la excepción específica que nos ocupa, es decir, la de la no aplicación de la regla de exclusión probatoria a los casos de obtención ilegal por particulares, la misma puede ser incluso ya rastreada hasta el caso de la jurisprudencia estadounidense *Burdeau v. McDowell* de 1921 (256 U.S. 465 [1921]); por tanto, creo que si se ha decidido dotar a la regla de exclusión probatoria de un rango constitucional sin incluir en el texto ninguna excepción, es porque se ha querido que la misma tenga el mayor ámbito posible de aplicación y dentro de lo cual se circunscribe la posibilidad de oponerla tanto a órganos estatales de persecución penal como a particulares; creo que de haber sido otro el fin buscado, entonces se hubiera dejado de incluir esta regla en la Constitución o por lo menos se hubiera previsto alguna excepción como se ha hecho en la Constitución de la provincia de Córdoba. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el fin "disuasorio" o "educativo" —predominante en los Estados Unidos y que permite la excepción de obtención ilegal por particulares— no es el único argumento que se ha utilizado para fundamentar la regla de exclusión probatoria; en Alemania por ejemplo, las reglas de exclusión probatoria son tratadas como límites a la búsqueda de la verdad, estableciéndose que "no es un principio de la Ordenanza Procesal Penal alemana que la verdad deba ser investigada a cualquier precio" (BGHSt 14, 358, 365), considerándose así a las exclusiones probatorias como un instrumento para asegurar derechos individuales más importantes que la búsqueda de la verdad y dándose al fin disuasivo o educativo como máximo un rol secundario (Beulke [2010], pág. 293 y sig.; en igual sentido, Strunsee [2001], pág. 325, criticando la postura de la "función disciplinaria" de la regla de exclusión probatoria, afirma que el fin de la misma sirve para la protección de derechos del individuo); por su parte, en Argentina se sostiene como fundamento de la regla una prohibición de *venire contra factum proprium*, resaltándose que si la justicia se aprovecha de elementos probatorios obtenidos ilegalmente para hacer cumplir la ley, caería en una contradicción fundamental que comprometería la buena administración de justicia, pues básicamente se intentaría hacer cumplir la ley, violándola (Cfr. Cafferata Nores et. al. [2012], Pág. 287; Maier, J. [2011]. *Derecho Procesal Penal, Parte General, Actos Procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto. Pág. 119-221); por tanto, no hay motivo para afirmar sin más que la inclusión del Inc. 9 en el Art. 17 de la CN debe necesariamente apoyarse en el argumento histórico del fin "disuasorio" o "educativo" de la regla de exclusión probatoria predominante en los Estados Unidos. En tercer lugar, creo que también habla a favor de esta postura el hecho de que el Inc. 9 del Art. 17 del CN distinga entre "*pruebas obtenidas*" y "*actuaciones producidas*"; esta diferenciación conlleva a que la regla de exclusión probatoria tenga un ámbito de aplicación más amplio y pueda ser extendida a casos en los cuales el acto cuestionable de obtención probatoria no pueda ser considerado como un acto procesal anulable (Cfr. Hairabedián, 2002, pág. 60 y sigs.), lo cual abarcaría la conducta de los particulares realizadas fuera de un proceso y echaría por el suelo el argumento sostenido en el derecho Alemán, que sostiene en que las normas del derecho procesal no se dirigen a los particulares. Por último, considero que al haberse incluido la regla de exclusión probatoria en el Art. 17 de la CN, la misma se ha convertido en un derecho fundamental del procesado; así, opino que debe optarse por entender que la regla de exclusión probatoria contenida en la Constitución rige de igual forma contra

GLADYS L. BAREIRO DE MÓDICA

Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

Dr. ANTONIO FRETES
Ministro

Abog. Julio C. Pavon Martínez
Secretario

órganos estatales como contra particulares, pues, además de los fundamentos anteriormente expuestos, esta interpretación es la que favorece a la mejor validez de esta garantía constitucional. Por lo demás, tampoco veo por qué un fin “disuasorio” o “educativo” no debería dirigirse también contra particulares, puesto que considero de igual importancia el buscar evitar violaciones constitucionales por parte de estos como de los órganos estatales; si se libera a los particulares de esta limitación probatoria, entonces los mismos comenzarían a intentar conseguir elementos probatorios por sus propios medios, ya que esto sería más efectivo que acudir a los órganos estatales de persecución penal; al mismo tiempo y como efecto colateral, ocurriría que la justicia llegaría con mayor efectividad a aquellos que tienen más medios económicos para conseguir elementos probatorios por cuenta propia. Por último, no hay que perder de vista que en nuestro ordenamiento jurídico el particular ofendido puede eventualmente participar en el proceso penal como querellante adhesivo o incluso como querellante autónomo; si se considera que la regla de exclusión probatoria es solo aplicable a los órganos estatales de persecución penal, se estaría entonces dando una ventaja indebida a los particulares en contra del procesado.-----

Con lo hasta aquí fundamentado solo puedo concluir en entender, que en nuestro ordenamiento jurídico-penal, la regla de exclusión probatoria es oponible por igual tanto a los órganos estatales de persecución penal como a los particulares. Con este entendimiento, queda claro que no basta para admitir un elemento probatorio obtenido ilegalmente, “el simple hecho de que la obtención haya sido realizada por un particular”.-----

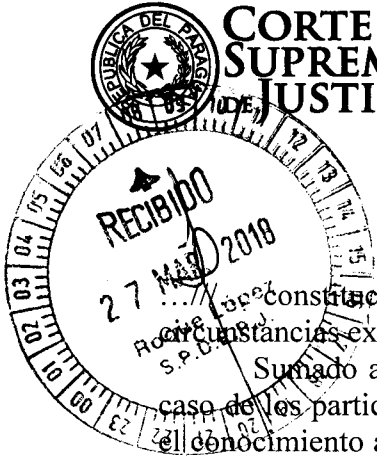
No obstante, considero posible hacer una excepción a esta regla tan rígida, cuando la obtención del elemento probatorio realizada por el particular sea para **defender** un principio, garantía, derecho o bien jurídico de rango constitucional, y cuando sumado a esto, de una ponderación de las circunstancias del caso concreto, la obtención probatoria realizada por el particular pueda ser vista como constitucionalmente justificada. Con base en esta idea, el análisis sobre la admisión de un elemento probatorio obtenido ilegalmente por un particular debe ser realizado siguiendo estos pasos: **1)** en primer lugar, hay que determinar si existe alguna prohibición probatoria que no dependa de su forma de obtención, **2)** entonces, hay que determinar si la obtención probatoria por el particular fue realizada a través de una violación grave de derechos humanos; si este no es el caso, **3)** entonces hay que, por un lado identificar cual es la garantía constitucional violada por el particular, y por otro lado determinar si existe algún principio, garantía, derecho o bien jurídico de rango constitucional que el particular haya pretendido defender; si este puede ser determinado, **4)** entonces hay que hacer una ponderación del caso concreto teniendo en cuenta como mínimo la conducta de las partes, la relevancia del elemento probatorio para el proceso y la posibilidad de haber obtenido dicho elemento probatorio por medios legales. Si de la ponderación surge que puede verse a la conducta del particular como constitucionalmente justificada, entonces el elemento probatorio puede ser admitido.-----

Esta excepción surge de mi entendimiento de que no existe un derecho absoluto y de que toda garantía constitucional puede en determinadas circunstancias ceder ante otra. Como ejemplo puedo citar los siguientes: nuestra CN consagra en su Art. 4 que “*el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción [...]*”; así, el derecho a la vida resulta como uno de los derechos más importantes que protege nuestra Constitución y nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo ser castigado con una pena privativa de libertad de hasta 30 años aquél que atente contra ella de forma dolosa (Art. 105 CP); no obstante, pese al reconocimiento y fuerte protección constitucional de este bien jurídico, se reconoce la posibilidad de atentar contra la vida en ciertas circunstancias, como por ejemplo en un caso de legítima defensa (Art. 19 de la CP concordante con el Art. 15 de la CN) o aborto cuando existe un peligro para la vida de la madre (Art. 109 Inc. 4 CP); en ambos casos, existe un ataque contra el bien jurídico protegido constitucionalmente, sin embargo, las circunstancias concretas hacen que este ataque esté justificado y que por lo tanto, sea aceptado por el ordenamiento jurídico. Al ser la regla de exclusión probatoria una garantía constitucional más, considero que la misma forma parte de un sistema y que por lo tanto, al igual que las demás garantías...///...



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS". AÑO: 2010 - N° 1723.



constitucionales, la misma también puede ceder ante otras garantías, cuando las circunstancias excepcionales del caso lo justifiquen.

Sumado a esto, el motivo por el cual considero posible hacer esta excepción en el caso de los particulares, radica en que el Ministerio Público actúa siempre cuando ya tiene el conocimiento acerca de la posibilidad de la existencia de un hecho punible que ha sido o será cometido, lo cual le otorga tiempo para cumplir con su obligación de actuar conforme a la ley en la obtención de medios de prueba. Los particulares sin embargo no siempre pueden saber cuándo serán afectados o presenciarán un hecho punible, su involucramiento en el hecho se da muchas veces espontáneamente y por lo tanto, en estos casos es fácticamente imposible que acudan previamente a las autoridades correspondientes para conseguir una autorización judicial para obtener la prueba del hecho que está ocurriendo o está por ocurrir. Además, en casos como estos y en los cuales el particular es el directamente afectado, si se le obliga a este a renunciar a una obtención probatoria espontánea y a acudir siempre a las autoridades para que estas se encarguen de ello, muchas veces la protección del afectado se vería fuertemente menoscabada, pues la posibilidad de obtención del elemento probatorio clave se perdería; en mi opinión, esto significaría, a su vez, dar ahora una ventaja indebida al delincuente por sobre el afectado.

Ahora, la forma de proceder o pasos enunciados más arriba, se fundamentan en lo siguiente: la excepción que planteo solo busca justificar la forma en la cual el particular ha obtenido el elemento probatorio, si existe sin embargo una prohibición probatoria independiente a su forma de obtención, entonces resulta superfluo analizar si la obtención está o no justificada, pues en estos casos, el elemento probatorio no hubiese podido ser utilizado incluso si hubiese sido obtenido legalmente; así, un análisis de la excepción aquí planteada carecería de sentido. En segundo lugar, el análisis acerca de la existencia de una violación grave de derechos humanos radica en que en estos casos la obtención probatoria nunca podría estar justificada. En tercer lugar, la necesidad de identificar algún principio, derecho, garantía o bien jurídico de rango constitucional que el particular haya pretendido defender, tiene su fundamento en que al tener la regla de exclusión probatoria un rango constitucional, la misma podría ceder solo cuando otro principio, derecho, garantía o bien jurídico de rango constitucional esté en juego, por tanto si no puede identificarse ninguno que el particular haya pretendido defender, entonces esta excepción no podría ser aplicada. Por último, la realización de una ponderación de las circunstancias fácticas teniendo en cuenta como mínimo la conducta de las partes, la relevancia del elemento probatorio para el proceso y la posibilidad de obtenerlo por medio legales, tiene por fin evitar posibles admisiones arbitrarias y asegurar que esta excepción sea utilizada solo cuando no haya otra opción, es decir, aquí debe asegurarse que la obtención probatoria del particular sirve como una verdadera defensa de algún principio, derecho, garantía o bien jurídico constitucional que en la situación concreta estaba también siendo lesionado y que no existía un medio efectivo menos gravoso para obtener el elemento probatorio.

Ahora, volviendo finalmente al caso concreto, se debe entonces analizar, si a la luz de todo lo expuesto, el *smartphone* entregado por los directivos de la EBY podría o no ser utilizado para extraerse la información que el mismo pueda contener y que eventualmente pueda llegar a ser utilizada como prueba (solo se puede hacer un análisis acerca de la posibilidad de utilizar el *smartphone*, porque a la fecha todavía no se conoce a ciencia cierta su contenido). El problema surge, como ya se ha expuesto, de que su entrega al Ministerio Público fue motivada por la lectura sin orden judicial por parte de los directivos de la EBY de un *mail* ajeno que se encuentra en el mismo. Es importante aquí resaltar, por qué puede afirmarse que existió una lectura del *mail* ajeno. Esto surge en mi opinión, de la

[Signature]
GLADYS E. BAREIRO de MÓDICA
MINISTRA C.S.J.

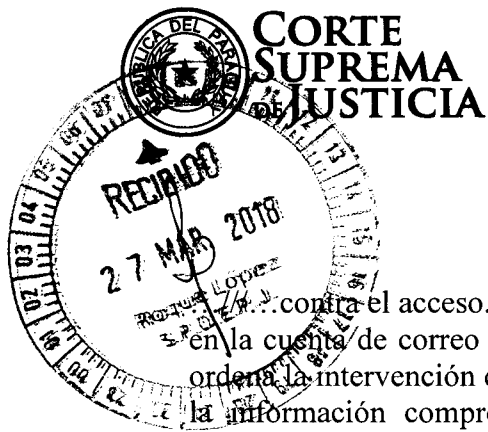
[Signature]
Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

[Signature]
Dr. ANTONIO MARTÍNEZ
Ministro

[Signature]
Abog. Julio C. Pavón Martínez
Secretario

precisión de las expresiones vertidas en la nota enviada en fecha 19 de noviembre del 2009 por el Director de la EBY Carlos Cardozo Florentín y la Asesora Jurídica Miriam Zulma Memmel al Ministerio Público y con la cual se entregó el *smartphone*. En dicha nota, se consignó: *“Ha llegado a mi conocimiento que en un aparato de teléfono móvil tipo BlackBerry, en el que funciona una línea corporativa de telefonía celular TIGO ... de uso de la Entidad y asignada a la Asesoría Jurídica (Asunción), se han recibido varios e-mails correspondientes a una cuenta de correo electrónico de “Hotmail”, vinculada a dicha línea por el anterior usuario del teléfono ... en algunos mails —que datan de marzo de este año— se presentan contactos o comunicaciones entre personas que tratan temas relacionados a un caso penal denunciado por esta administración, y en el que se habla de un supuesto ‘acuerdo económico’ para dar por terminada la causa penal, beneficiando a los sospechosos o denunciados”* (las negritas son mías). Esta última frase que he resaltado en negrita, solo puede surgir de alguien que ha leído el contenido de un correo electrónico, puesto que en el buzón de entrada solo puede identificarse como máximo el remitente del *mail*, la fecha, el asunto y las primeras líneas del contenido; es decir, para saber tantos detalles acerca del contenido del *mail*, en este caso no era suficiente con leer lo que surgía a simple vista del buzón de entrada, sino que ya era necesario ingresar al *mail* en concreto y leer su contenido. En mi opinión, la lectura de este *mail* violó el Art. 36 de la CN pues, si bien el *smartphone* era propiedad de la EBY y si bien esto le daba el derecho a sus Directivos de revisarlo, este derecho no se extendía a la facultad de revisar el contenido de los *mails* de la cuenta personal de correo electrónico del Ing. Hugo Ruiz que se encontraba configurada en el mismo y que nada tenían que ver con sus funciones laborales, salvo que previamente se haya pactado esta posibilidad de revisarlos y que el Ing. Hugo Ruiz haya estado de acuerdo. En este caso además, al momento de la lectura del *mail*, el Ing. Hugo Ruiz ya no se encontraba prestando servicios para la EBY.----

Partiendo entonces de que la entrega del *smartphone* surgió de la violación de una garantía constitucional, corresponde entonces aplicar el método de análisis arriba expuesto para determinar si su entrega al Ministerio Público podría estar constitucionalmente justificada. Así, se tiene en primer lugar que no existe ninguna prohibición probatoria independiente a la forma de obtención que impida la utilización del *smartphone* en sí. En segundo lugar, vemos que los Directivos de la EBY no violaron de forma grave ningún derecho humano para la obtención del *smartphone*. En tercer lugar, mientras por un lado puede verse una violación del derecho a la inviolabilidad de la comunicación privada, por el otro lado puede verse un intento de defender el buen funcionamiento de la administración pública de justicia (evitar un posible caso de cohecho o soborno); el buen funcionamiento de la administración pública de justicia es un bien jurídico de rango constitucional cuyo aseguramiento es necesario para mantener la vigencia armónica y pacífica de nuestro Estado de Derecho; este bien jurídico tiene incluso protección penal conforme al capítulo III del título VIII del libro II del CP. Existiendo una garantía y un bien jurídico de rango constitucional en conflicto y luego de una ponderación de las circunstancias fácticas del caso concreto, considero que el actuar de los Directivos de la EBY está justificado. Esto es así por cuanto que en primer lugar, analizando la conducta de los Directivos de la EBY, puede efectivamente afirmarse que los mismos actuaron en la búsqueda de evitar un hecho punible contra la administración pública; esto puede afirmarse porque han optado por entregar la información al Ministerio Público para que este sea quien tome cartas en el asunto y para contrarrestar un posible hecho delictivo que estaba en curso. Por su parte, puede afirmarse que el Ing. Hugo Ruiz actuó negligentemente con respecto a la protección de sus propios derechos, pues fue este el que olvidó eliminar su cuenta de correo personal del *smartphone* antes de devolverlo a la EBY; en este caso, podría hablarse de que el Ing. Hugo Ruiz básicamente entregó “en bandeja” su cuenta de correo sin ninguna protección permitiendo que la misma sea fácilmente revisada; esta negligencia afecta sin lugar a dudas la intensidad de la protección del derecho, lo cual se refleja en el hecho de que los tipos penales previstos en los Arts. 146 y 146b, exigen que la carta o publicación esté cerrada o depositada en un recipiente cerrado y que los datos estén especialmente protegidos ...///...



ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS".
AÑO: 2010 - N° 1723.-----

contra el acceso. Por otro lado, hay que tener en cuenta que la información contenida en la cuenta de correo configurada en el *smartphone* es de suma importancia porque si se ordena la intervención de las cuentas de correo, los titulares podrían fácilmente borrar antes la información comprometedoras que dichas cuentas podrían contener; la información contenida en la cuenta de correo configurada en el *smartphone* sin embargo, no sería directamente borrada hasta no ser sincronizada. Por último, el Ministerio Público no podría haber obtenido el *smartphone* por otro medio, pues si los Directivos de la EBY no lo hubieran entregado, ni siquiera se hubiera sabido de su existencia. Al estar entonces justificada la entrega del *smartphone*, es posible revisarlo y utilizar posteriormente como prueba la informaciones que puedan ser obtenidas del mismo, siempre y cuando estas a su vez no se opongan a otras limitaciones legales.-----

Por tanto, conforme a todo lo extensamente expuesto, considero que debe hacerse lugar a la presente acción de inconstitucionalidad. Es mi voto.-----

A su turno la Doctora **BAREIRO DE MÓDICA** dijo: El representante del Ministerio Público, Abg. Arnaldo Giuzzio, promovió acción de inconstitucionalidad contra el Auto Interlocutorio N° 331 de fecha 08 de noviembre de 2010, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Capital en lo Penal, Tercera Sala, integrado por los magistrados: Dr. Waldir Servín, Dr. Emiliano Rolón y Dra. Natividad Meza en el marco de los autos caratulados: "**PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS**".-----

El accionante refiere en lo medular: que el tribunal de alzada ha dictado una resolución carente de motivación jurídica y manifiestamente infundada; que el tribunal de apelaciones ha violado las reglas que rigen la competencia en segunda instancia; que en toda la resolución se encuentran puras transcripciones de las partes, frases insustanciales y afirmaciones dogmáticas sin concatenación alguna que sostengan la decisión; que no es cierto que los asesores legales de la EBY admiten haber intervenido o interceptado correspondencia privada de un aparato Blackberry, al menos si se utilizan los términos de la Real Academia Española; que utilizar la palabra intervenir o interceptar implica que una persona se ha apoderado de correspondencia antes de que llegue a su destino, ha obstruido una vía de comunicación o a espiado una comunicación privada; que la información llegó a los asesores de la EBY por desconocimiento del usuario anterior del teléfono, quien nunca desvinculó su mail del celular perteneciente a la institución; que si el teléfono estaba configurado por el propio Hugo Ruiz para que se reciba su correo en dicho aparato de ninguna forma puede afirmarse que los mismo fueron interceptados o intervenidos; que el Ministerio Público nunca accedió al contenido del teléfono celular, solicitando una orden judicial para conocer su contenido; que el tribunal de alzada exige una orden judicial para que el usuario revise su propio teléfono lo cual es inadmisibles, más tratándose de un hecho punible que obliga a todo ciudadano a denunciarlo; que nadie conoce realmente el contenido del teléfono pues la audiencia destinada a efecto de acceder al mismo nunca pudo ser realizada; que si se sigue la forma de proceder que afirma el tribunal de segunda instancia el ciudadano que acceda a este tipo de conocimiento está obligado a no denunciar un hecho punible que llega a su conocimiento al revisar el contenido de su propio teléfono móvil; que el tribunal se vuelca a valorar y estudiar pruebas en una etapa procesal no pertinente para ello; que el tribunal confunde el dato objetivo que contiene la evidencia con la propia evidencia; y que aún no se ha llegado a la etapa de obtención del elemento simplemente se ha informado al Ministerio Público que existe información en el celular y se accederá a la misma a través de un acto investigativo con orden judicial.-----


GLADYS E. BAREIRO de MÓDICA
MINISTRA C.S.J.


Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.


Dr. ANTONIO FRETES
Ministro

Abog. Julio P. Ravon Martinez
Secretario

El representante de la defensa técnica, Dr. Enrique Bogarín González, bajo patrocinio de la Abg. Bettina Legal, al momento de contestar el traslado expresó en lo capital: que la resolución del tribunal de apelaciones se encuentra perfectamente fundada habiendo realizado un control de constitucionalidad que no fue tomado en cuenta por el Juez Penal de Garantías Riquelme; que en la nota de fecha 19 de noviembre de 2009 dirigida a la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Anticorrupción por los funcionarios de la EBY en la cual ponen a disposición del Ministerio Público el teléfono Blackberry transcriben parte del contenido de los mails que se encuentran en el mismo por lo que queda claro que los mismos accedieron ilegalmente a dicha información, siendo la misma utilizada como cabeza de proceso por lo que se aplica la doctrina del fruto del árbol envenenado; que la resolución cuestionada no fue dictada aplicando normas inconstitucionales ni su contenido es contrario al espíritu y letra de la Constitución Nacional; que el representante del Ministerio Público pretende utilizar a la Sala Constitucional como tercera instancia, pretende que se realice una nueva revisión de hechos y aplicación del derecho como si fuera un recurso más; que los funcionarios de la EBY intervinieron ilegalmente una correspondencia electrónica privada violentando el artículo 36 de la Constitución Nacional; que tanto en la nota de fecha 19 de noviembre de 2009 así como en el propio escrito de promoción de la presente acción de inconstitucionalidad se admite haber intervenido una comunicación particular del entonces director de la EBY el Ing. Hugo Ruiz; que el ius puniendi estatal está limitado por las garantías ciudadanas que poseen rango constitucional; que en ningún momento se ha afirmado que el Ministerio Público fue quien accedió irregularmente a los mails sino que fueron los funcionarios de la EBY quienes ingresaron ilegalmente al correo electrónico privado del Ing. Hugo Ruiz que se encontraba en el Blackberry que fuera entregado por el mismo por pertenecer a dicha institución; que es necesaria una orden judicial para acceder a información personal, con mayor razón si la misma es del usuario anterior del aparato celular y siempre que esa cuenta de correo electrónico no le pertenezca al nuevo usuario del Smartphone; que no habría necesidad de orden judicial para acceder a información contenida en el citado celular si el correo o cuenta perteneciera al usuario actual del teléfono, pero este no es el caso, ya que el correo pertenecía al Ing. Hugo Ruiz y no a la usuaria Madelaine Ruiz quien accedió ilegalmente a esa información siete meses después de tener en su poder el Smartphone; que la violación del secreto de la comunicación privada se encuentra tipificada como un hecho punible en el artículo 146 del Código Penal; que el correo no fue enviado de manera equivocada a la nueva usuaria del teléfono móvil sino que fue enviado al señor Hugo Ruiz a su cuenta privada y llegó al aparato celular puesto que nunca fue desvinculada la cuenta del mismo por un desconocimiento del anterior usuario, por lo que el acceso a dicha información es irregular; que el artículo 174 del Código Procesal Penal ordena que carecerán de toda eficacia probatoria los actos de este tipo que vulneren garantías procesales consagradas en la Constitución Nacional; y que el accionante no ha manifestado porque la decisión que impugna no cuenta con logicidad y simplemente afirma que el tribunal de apelaciones se ha extralimitado.-----

Al contestar el traslado, el Agente Fiscal Adjunto encargado de la atención de vistas y traslados de expedientes a la Fiscalía General del Estado, Abg. Jorge Sosa, expresó en lo fundamental: que la resolución de alzada no es justa y equitativa, se aparta de las leyes de la lógica y la experiencia; que únicamente se limita a señalar que las personas que tuvieron acceso al mail requerían de orden judicial pero no explican el porqué; que los funcionarios de la EBY simplemente cumplieron con su deber de denunciar una vez que se percataron de la existencia de supuestos indicios de hechos punibles; que es el acceso a la información por parte del Ministerio Público el que tiene que cumplirse con las formalidades requeridas, lo cual justamente se pretende en el caso; que los miembros del tribunal de apelaciones no realizaron una fundamentación adecuada y razonada sobre los motivos que le han servido de base para arribar a su conclusión. Culmina peticionando se haga lugar a la acción de inconstitucionalidad.-----...///...



ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS". AÑO: 2010 - N° 1723.

Antes de pasar a analizar el caso sub-lite, se deja constancia para lo que hubiere lugar, que si bien la acción de inconstitucionalidad ha sido promovida en fecha 23 de noviembre de 2010, ha ingresado al gabinete de esta alta magistrada recién en fecha 12 de octubre de 2017 conforme a las constancias de los cuadernos de internos.

Cabe aclarar la competencia de la presente Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual se haya determinada en virtud a lo preceptuado en los artículos 131, 132, 259 numeral 5 y 260 numeral 2 de la Constitución Nacional, así como el artículo 11 alternativa b) de la Ley N° 609/1995 con sus respectivas modificaciones. El artículo 131 de la Carta Magna establece que para hacer efectivos los derechos consagrados se establecen las garantías contenidas en dicho capítulo, entre las cuales se encuentra la inconstitucionalidad consagrada en el artículo 132 del mismo cuerpo legal. El mentado artículo prescribe la facultad que tiene la Corte Suprema de Justicia de declarar la inconstitucionalidad de las normas jurídicas y las resoluciones judiciales, ratificado por el artículo 11 inciso b) de la Ley N° 609/1995. Entre los deberes y atribuciones establecidos en las normas citadas, el artículo 259 de la Carta Magna Nacional asigna a la Corte Suprema de Justicia, el deber de "conocer y resolver sobre inconstitucionalidad" (núm. 5); el artículo 260 de la Constitución Nacional imputa ese deber-atribución a un órgano integrante de la Corte Suprema de Justicia: su Sala Constitucional. Recordemos que a diferencia de la interpretación y aplicación de la Constitución, que es obligación de todos los Poderes Supremos del Estado y de los órganos estatales, la determinación de la inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales es en nuestro régimen constitucional concentrada, siendo atribución exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual la presente Sala Constitucional es la competente para expedirse en la presente acción de inconstitucionalidad, haciéndolo de modo vinculante.

El fallo cuestionado es el Auto Interlocutorio N° 331 de fecha 08 de noviembre de 2010, dictado por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la capital, Tercera Sala, integrado por los magistrados: Dr. Waldir Servín, Dr. Emiliano Rolón y Dra. Natividad Meza. En el mentado auto interlocutorio dice taxativamente: "...En la nota de referencia, el Director General de la EBY y sus Asesores Legales ADMITEN haber intervenido o interceptado correspondencia de carácter privado del aparato BLACKBERRY que era utilizado por el ex Director Financiero de la Entidad, Ing. HUGO RUIZ, sin orden judicial...".

El Diccionario de la Lengua Española define la palabra intervención como: "Acción y efecto de intervenir". A su vez la palabra intervenir es definida como: "Espiar, por mandato o autorización legal, una comunicación privada"¹.

Asimismo, la palabra interceptar es definida por el Diccionario de la Lengua Española como: "Apoderarse de algo antes de que llegue a su destino"².

Realizando un estudio detallado de autos, no se observa que en algún momento ningún funcionario de la EBY admita haber intervenido o interceptado correspondencia de carácter privado tal como expresan en su fallo los miembros del tribunal de segunda instancia.

En el caso de marras la supuesta información interceptada o intervenida se encuentra en un teléfono celular de la marca Blackberry perteneciente a la EBY. El teléfono era utilizado por el ex Director Financiero de la EBY, Ing. Hugo Ruiz, empero, una vez que el mismo culminó su vínculo con dicha institución procedió a devolver dicho aparato

¹ Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, vigesimotercera edición, octubre de 2014
² Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, vigesimotercera edición, octubre de 2014

GLADYS E. BARBERO de MÓDICA
Ministra

Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

Dr. ANTONIO FUERTES
Ministro
Abog. Julio C. Pavón Martínez
Secretario

celular, sin embargo según expresiones de la propia defensa técnica, se olvidó de desvincular su mail de dicho teléfono. El Smartphone fue reasignado a otro funcionario/a de la institución, el/la cual utilizada el teléfono móvil perteneciente a la institución de forma legal. Con posterioridad, fueron enviados unos supuestos mails a la cuenta perteneciente al Ing. Hugo Ruiz, los cuales fueron recibidos en el teléfono Blackberry propiedad de la EBY en razón a que la cuenta no se hallaba desvinculada del mismo. Al percatarse de ello los responsables de la EBY envían el teléfono al Ministerio Público junto con una nota de fecha 19 de noviembre de 2009 en la cual comunican esto. El Ministerio Público solicitó al Juez Penal de Garantías de la causa autorice una desgrabación de su contenido en una audiencia con presencia de todas las partes.-----

En conclusión, unos supuestos mails fueron recibidos en un celular de la EBY que se encontraba en poder de un funcionario de la EBY quien estaba legítimamente habilitado a utilizarlo. Por negligencia del anterior usuario los mails llegaron a dicho celular en atención a que aparentemente nunca se desvinculó la cuenta del teléfono móvil. Al percatarse de ello, los responsables de la EBY remitieron el aparato celular al órgano pertinente, el Ministerio Público.-----

De lo expuesto previamente en ningún momento se colige la existencia de una intervención o interceptación de correspondencia tal como refiere el auto interlocutorio reputado de inconstitucional. Como colofón podemos afirmar que el Auto Interlocutorio N° 331 de fecha 08 de noviembre de 2010 contradice las constancias de autos, la cual es una consabida causal de arbitrariedad conforme a la jurisprudencia pacífica de esta Sala Constitucional.-----

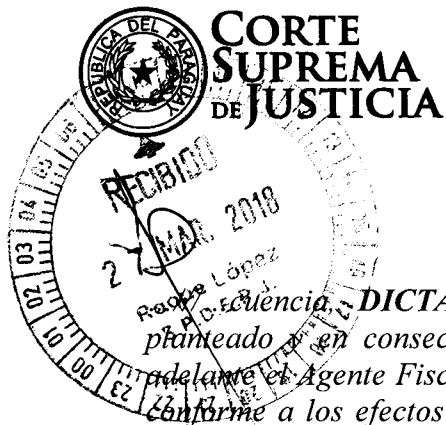
“La lectura de los autos principales permite apreciar que la sentencia dictada por el A quo prácticamente carece de fundamentación. El único argumento contenido en su considerando contradice las constancias de autos, pues no es cierto que la demandada no haya ofrecido pruebas en defensa de sus derechos. Es decir, nos hallamos ante una sentencia arbitraria por falta de motivación y fundada en una interpretación caprichosa de las constancias de autos...”³.-----

La entrega de los mails contenidos en el celular de ninguna forma constituye un hecho punible de Violación del Secreto de la Comunicación tipificado en el artículo 146 del Código Penal modificado por Ley N° 4.439/2011 tal como refiere el Dr. Jorge Bogarín al contestar el traslado. El mentado tipo penal exige que el autor abra una carta, comunicación privada o publicación que se encuentre cerrada y especialmente protegida para prevenir su conocimiento. En el caso sub-júdice, tal como hemos venido expresando, la supuesta comunicación fue recibida en un celular de la EBY por un funcionario de la EBY legitimado a utilizar dicho aparato y como consecuencia de la negligencia grave del señor Hugo Ruiz, quien nunca desvinculo su cuenta del celular.-----

Otro punto a resaltar del fallo cuestionado es su parte resolutive. La misma ordena: **“1) DECLARAR la competencia de éste Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto. 2) DECLARAR ADMISIBLE el recurso de Apelación General Interpuesto por el Dr. JORGE BOGARÍN GONZÁLEZ, por derecho propio y bajo patrocinio de abogados, en contra del A.I. N° 241 de fecha 05 de marzo de 2.010. 3) REVOCAR el A.I. N° 241 de fecha 05 de marzo de 2.010, dictado por el Juez Penal de Garantías, Abog. RUBÉN RIQUELME, de conformidad a los fundamentos y con los alcances del exordio de la presente resolución. 4) ANOTAR, registrar, notificar, remitir copia al a Excma. Corte Suprema de Justicia”**.-----

En el petitorio del escrito de recurso de apelación interpuesto por el Dr. Jorge Bogarín González de fecha 15 de marzo de 2010 obrante a fojas 135/165 de autos solicita al tribunal de apelaciones cuanto sigue: **“1. DECLARAR LA ADMISIBILIDAD del Recurso de Apelación General interpuesto contra el A.I. N° 241 de fecha 05 de marzo de 2010, dictado por el Juez Rubén Darío Riquelme. 2. REVOCAR el A.I. N° 241 de fecha 05 de marzo de 2010, dictado por el Juez Miguel Rubén Darío Riquelme y en conse...//...**

³ Acuerdo y Sentencia N° 323/200, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional



ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS". AÑO: 2010 - N° 1723.-----

DICTAR resolución **HACIENDO LUGAR**, al incidente innominado planteado en consecuencia, la Nulidad absoluta de todo el proceso penal que lleva adelante el Agente Fiscal Giuzzio, y en consecuencia declarar **INEXISTENTE AL MISMO**, conforme a los efectos previstos en la norma del art. 171 del Código de Procedimientos Penales Paraguayo, causa iniciada a partir de la obtención **ILEGAL** de una comunicación privada".-----

Así también, en el considerando del Auto Interlocutorio N° 331 de fecha 08 de noviembre de 2010, específicamente en la parte que el tribunal de apelaciones transcribe los argumentos y petitorios de las partes, se lee: "Por último el recurrente solicitó de éste Órgano de Alzada: **REVOCAR** el A.I. N° 241 de fecha 05 de marzo de 2.010 y **HACER LUGAR** al incidente innominado planteado y en consecuencia, la Nulidad Absoluta de todo el proceso penal que lleva adelante el Agente Fiscal Giuzzio".-----

De la lectura detallada tanto del petitorio del escrito del recurso de apelación como del propio considerando de la resolución atacada de inconstitucional se puede concluir diáfananamente que el apelante solicitó en esencia dos cosas: la revocatoria del Auto Interlocutorio N° 241 de fecha 05 de marzo de 2.010 dictado por el Juez Penal de Garantías, Abg. Rubén Riquelme; y la nulidad absoluta de todo el proceso penal.-----

De la parte resolutive del fallo cuestionado transcrita más arriba se observa claramente que todas las peticiones del apelante no fueron evacuadas. Si bien en el punto 3) de su parte resolutive el Auto Interlocutorio N° 331 de fecha 08 de noviembre de 2010 ordena revocar el Auto Interlocutorio N° 241 de fecha 05 de marzo de 2010, en ningún momento se resolvió el incidente de nulidad de todo el proceso peticionado por el recurrente.-----

La parte resolutive de una resolución es un acto normativo de carácter particular dictado por un magistrado con imperium para decir el derecho, de ahí que el juez se encuentra investido de jurisdicción o iuris-dictio capacidad de decir el derecho⁴. El imperium del que gozan sus resoluciones le otorgan el carácter de imperativas, pudiendo exigirse su cumplimiento aún a través de la fuerza. La parte resolutive de un acto jurisdiccional adquiere la naturaleza de un acto normativo de carácter particular, puesto que el mismo adquiere la fuerza coactiva de todo acto normativo y es particular en atención a que es la forma de resolver el caso concreto conforme a sus características y circunstancias singulares. Si este acto normativo de carácter particular no evacúa o resuelve todas las peticiones de las partes nos encontramos ante una sentencia arbitraria por un defecto relativo al objeto del fallo.-----


Recurriendo a la doctrina, García Máynez, en "Introducción al Estudio del Derecho", 51ª edición, editorial Porrúa, México, año 2000, página 85, clasifica las fuentes del Derecho desde el punto de vista de su jerarquía, estableciendo la siguiente relación: 1) Normas constitucionales; 2) Normas ordinarias; 3) Normas reglamentarias; y 4) Normas individualizadas, enmarcándose en esta última categoría a los pronunciamientos jurisdiccionales.-----

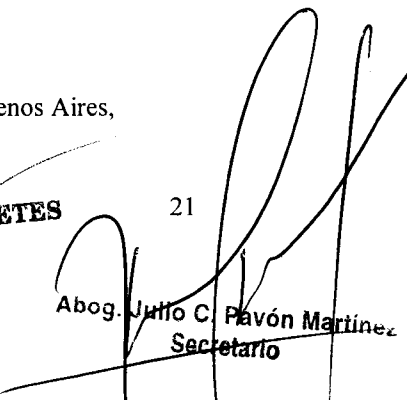
El propio Hans Kelsen ha adoptado esta conceptualización en su connotado libro "Teoría Pura del Derecho" enseña que existen actos de creación normativa y actos de aplicación, siendo los primeros propiamente legislativos, mientras que los segundos son propios de la función judicial. El acto judicial responde a la necesidad de la aplicación de la

⁴ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, editorial Eudeba, 3ra edición 9na reimpresión, Buenos Aires, Argentina, año 2012, página 121


GLADYS E. BAREIRO de MÓNICA
Ministra


Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.


Dr. ANTONIO FRETES
Ministro

21

Abog. Julio C. Pavón Martínez
Secretario

norma general y abstracta al caso concreto, dictándose de esta forma una norma particular e individualizada que resuelve la cuestión.-----

“La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del derecho. Estas conclusiones se imponen no bien se admite que el derecho no está compuesto únicamente por normas generales y no se confunde con la ley”⁵.-----

El artículo 159 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria de conformidad a lo ordenado por el artículo 836 del mismo cuerpo legal, preceptúa: “c)...El juez deberá decidir todas las pretensiones deducidas y sólo sobre ellas. No está obligado a analizar las argumentaciones que no que no sean conducentes para decidir el litigio... e) la decisión expresa, positiva y precisa de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio.... La mentada regla también se encuentra consagrada en el artículo 456 del Código Procesal Penal, el cual prescribe: “Al tribunal que resuelva el recurso se le atribuirá el conocimiento del procedimiento exclusivamente en cuanto a los puntos de la resolución que han sido impugnadas”.-----

El omitir resolver cuestiones planteadas por las partes también es una conocida causal de arbitrariedad, existiendo jurisprudencia pacífica al respecto.-----

El principio “*quantum appellatum tantum devolutum*” es transversal a todos los fueros o materias. Asimismo, la necesidad de resolver todo lo peticionado por las partes es conditio sine qua non para el dictado de una resolución válida constitucionalmente y legalmente en atención a lo ordenado por los artículos 256 de la Constitución Nacional y 125 del Código Procesal Penal. El juez no sólo tiene la obligación de decir el derecho, de resolver conforme a derecho y la prohibición de modificar el derecho, sino que además tiene la prohibición de abstenerse de resolver o, expresado de otra forma, la obligación de resolver o principio de non liquet. El principio de non liquet tiene un doble alcance o sentido, por un lado, como una prohibición para el juez de apartarse de cumplir su deber de fallar, y por otro, como una cláusula excepcional, que autoriza la integración de la equidad como fuente del derecho, en el caso de defecto de ley⁶.-----

En conclusión, al no haber resuelto todas las peticiones o solicitudes de las partes el órgano jurisdiccional se abstuvo de resolver una parte del thema decidendum, ergo, el fallo dictado es arbitrario, implica un erro de congruencia y una conculcación del artículo 256 de la Constitución Nacional.-----

“El Tribunal de alzada soslayó el principio de congruencia por cuanto que emitieron una decisión citra petita al omitir resolver la cuestión que fue sometida a su consideración... Este modo de resolver lesiona gravemente el derecho a la defensa en juicio en el marco del debido proceso, por lo que debe ser descalificado como un acto jurisdiccional válido”⁷.-----

En atención a las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad promovida por el entonces representante del Ministerio Público, Abg. Arnaldo Giuzzio, y en consecuencia anular el Auto Interlocutorio N° 331 de fecha 08 de noviembre de 2010. Es mi voto.-----...///...

⁵ Op. Cit. Página 121

⁶ http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372012000100006

⁷ Acuerdo y Sentencia N° 852/05, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL JUICIO: "PERSONA INNOMINADA S/ COHECHO PASIVO AGRAVADO Y OTROS".
AÑO: 2010 - N° 1723.-----

Con lo que se dio por terminado el acto, firmando SS.EE., todo por ante mí, de que queda en su derecho, quedando acordada la sentencia que inmediatamente sigue:

[Signature]
GLADYS E. BAREIRO de MÓDICA
MINISTRA

Ante mí: **Miryam Peña Candia**
MINISTRA C.S.J.

[Signature]
Dr. ANTONIO FRETES
Ministro

[Signature]
Abog. Julio C. Pavón Martínez
Secretario

SENTENCIA NUMERO: 151.

Asunción, 23 de marzo de 2018 .-

VISTOS: Los méritos del Acuerdo que anteceden, la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Sala Constitucional
RESUELVE:

HACER LUGAR a la acción de inconstitucionalidad promovida y, en consecuencia, declarar la nulidad del Auto Interlocutorio N° 331 de fecha 8 de noviembre de 2010, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Penal, Tercera Sala.-----

REMITIR estos autos al Tribunal que sigue en orden de turno para su nuevo juzgamiento, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 560 del C.P.C.-----

ANOTAR, registrar y notificar.-----

[Signature]
GLADYS E. BAREIRO de MÓDICA
MINISTRA

[Signature]
Miryam Peña Candia
MINISTRA C.S.J.

[Signature]
Dr. ANTONIO FRETES
Ministro

Ante mí:

[Signature]
Abog. Julio C. Pavón Martínez
Secretario

