

///nos Aires, 14 de diciembre de 2018.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. Intervenimos en la apelación interpuesta por la Fiscal (cfr. surge del acta de fs. 39/41vta.), contra la decisión que en la audiencia de clausura de flagrancia, declaró la nulidad del procedimiento, todo lo obrado en consecuencia y sobreseyó a *H. G. S. V.*

II. El 28 de noviembre pasado, alrededor de las 18:20, un colectivo de la línea estaba detenido en la parada de la avenida frente al Banco “.....” -en el Barrio de - y mientras *B. H.*, que viajaba en él, guardaba su celular en el bolso, el nombrado lo arrebató de sus manos y tras un breve forcejeo huyó.

Personal policial en la mencionada avenida y la calle lo observó “cerca” de un ómnibus, comenzando a correr por la segunda arteria hacia, sin dejar de mirar para atrás, por lo que tras su persecución se logró detenerlo y secuestrar el aparato.

La jueza de la instancia anterior consideró que si bien indicios permitían sospechar que *S. V.* había participado en un evento ilícito, las preguntas sobre el celular incautado -forma de desbloquearlo, origen, etc.- como atender el llamado entrante implicaron un exceso de las fuerzas policiales que invalidaba lo actuado.

III. Las nulidades son sanciones procesales que privan de “*eficacia a un acto procesal como consecuencia de hallarse impedido de producir los efectos previstos por la ley, al alojar en alguno de sus elementos un vicio que lo desnaturaliza*” (“Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado”, Francisco D’Albora, Ed. Lexis Nexis, Tomo I, pág. 296); consisten “*en la invalidación de los actos cumplidos e ingresados en el proceso sin observarse las exigencias legalmente impuestas para su realización*” (“Derecho Procesal Penal”, Jorge Clariá Olmedo, Rubinzal – Culzoni Editores, Tomo II, pág 229).

Por sus consecuencias fulminantes deben adoptarse como *ultima ratio* y cuando el vicio que surja por defecto u omisión, haya privado a quien lo

invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión, de modo tal que produzca una indefensión configurativa de la nulidad. Si no media tal perjuicio la invalidez del acto no puede prosperar.

Las nulidades no se pueden declarar por el sólo interés de la ley y deben preservar derechos en forma concreta ya que *“la cuantía o el grado de afectación puede variar, aunque jamás faltar. De lo contrario se trataría de un mero formalismo”* (Francisco D´Albora, (“Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado”, Ed. Lexis Nexis, Tomo I, pág. 302).

A este respecto, la Corte de Suprema de Justicia de la Nación estableció que *“la nulidad procesal requiere un perjuicio concreto para alguna de las partes, pues no procede su declaración en el sólo interés del formal cumplimiento de la ley (crf. doctrina de Fallos 295:961, 298:312 -La Ley, 1978-B, 693, J. Agrup. caso 3057, entre otros), ya que resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma”* (Fallos: 303.554).

Asimismo, que *“en materia de nulidades procesales prima un criterio de interpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad fáctica, que es razón ineludible de su procedencia. En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público”* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa “Bianchi Guillermo”, rta. 27/06/2002).

De ahí que la índole del perjuicio marca el alcance de la invalidez del acto.

Sobre esa base, la pregunta que subyace como punto de partida es ¿cuál fue la lesión a los derechos fundamentales que sufrió S. V.?

La respuesta comprende dos niveles de análisis, uno de tipo personal por la posible injerencia indebida en su intimidad -artículo 19 de la Constitución Nacional- y otro vinculado al debido proceso ante la eventual manipulación del objeto de prueba a espaldas de la defensa -artículo 18 de la Carta Magna-.

En primer plano hay que recordar que los preventores iniciaron la persecución cuando lo vieron correr, mirando continua y sugestivamente hacia atrás, lo que revela preocupación de ser seguido. Frente a la voz de alto apuró la marcha e incluso se trabó en lucha con los policías para lograr huir, todo lo cual no se compadece con quién simplemente transita por la vía pública.

Cómo es posible entonces sostener en este contexto la falta de circunstancias razonables y objetivas para la detención, como así también la posterior requisa, si estaba claro que a su inicial conducta sospechosa sumó un intento desesperado y violento por eludir a los funcionarios.

Una vez alcanzado entregó el celular cuyo origen no pudo explicar, tampoco suministró el código para desbloquearlo o identificar la foto de fondo de pantalla. Enseguida comenzó a sonar y, al atenderlo el oficial actuante, recibió de *S. M. B.* -su interlocutora- la confirmación de su presunción: el móvil había sido robado minutos antes.

Pero lo trascendental es que antes de esa comunicación, desde un postulado lógico elemental, era evidente que el aparato no le pertenecía, por lo que los policías bien pudieron creer que ya no estaban invadiendo su esfera de privacidad sino, como finalmente resultó, indagando sobre la muy probable comisión de un hecho de ribetes delictivos.

Así, de un plano objetivo y *ex ante*, ese derecho a la intimidad no pudo verse menoscabado. Todo indicaba que el aparato no era suyo.

Tampoco puede sostenerse lo contrario desde la faz subjetiva, porque el imputado, al conocer su ajenidad, ninguna expectativa podía albergar ya que *“para que el ámbito de privacidad al que hice referencia sea digno de tutela, será necesario por un lado –según dije- que el individuo se haya comportado de manera tal de exhibir un interés en mantenerlo. Al mismo tiempo la expectativa de privacidad deberá ser una que el Estado esté dispuesto a*

reconocer como razonable” (“Garantías constitucionales en el proceso penal”, Alejandro D. Carrió, Ed. Hammurabi, 4° edición, 3° reimpresión, Buenos Aires, 2004, pág. 342).

Ambas posibilidades están descartadas en el caso, dónde ni siquiera se dan en forma alternativa y menos conjunta, porque S. V. se desentendió del bien al entregarlo, **sin reconocerlo como propio** y, es un absurdo pensar que pudo verse afectada su privacidad a partir de una postura que libremente asumió.

De ahí que, sin perjuicio de que debió hacerse la consulta telefónica con el juez interviniente con la mayor premura posible, lo cierto es que no tenía ningún derecho sobre la cosa que obtuvo a través de una sustracción ilegítima.

Y aun cuando esta garantía solo opera en favor de los imputados, cabe recordar que durante la audiencia la víctima negó haber sentido afectado ese ámbito personal, lo que destacó de manera enfática. Y es lógico que así sea, pues la experiencia indica que en estos casos las personas llaman -o hacen llamar- a su celular con la esperanza de que, justamente, alguien los atienda para intentar recuperarlo. O sea que pretender hacer valer en favor de la damnificada este argumento, en realidad sólo beneficia a su asaltante con la impunidad; es manifiesta la contradicción.

Por otra parte las preguntas que los efectivos previamente dirigieron, responden a indagaciones que deben efectuar *“acerca de las actividades del sospechoso, o las preguntas que se formulen tendientes a esclarecer su situación, sólo implicarán violación a la garantía constitucional [autoincriminación] (...) en la medida en que esté afectada la voluntariedad de los dichos del sospechoso (...) pero si la policía está tan solo tratando de esclarecer un hecho dudoso y, sin haber privado de su libertad a nadie, dirige preguntas a una persona (...) tampoco parece que esté desoyendo los mandatos contenidos en el nuevo Código Procesal Penal, en cuanto veda a los funcionarios policiales a interrogar”* (Carrió, Alejandro D., ob. cit. pág. 381).

En este punto cabe hacer la siguiente reflexión: esos interrogantes, o responder la llamada, pudieron operar a favor del sospechoso?. Evidentemente sí, porque aportando su contraseña, o alegando que un amigo se lo dejó a su cuidado, hubieran sido datos iniciales que permitirían despejar las dudas. De lo

contrario, si se prohíbe a la policía realizar mínimas averiguaciones se correría el riesgo de detener a una persona sólo por su mala memoria, o por no autorizarlo a brindar simples comentarios que esclarecerían el incidente.

En cuanto a la posibilidad de que se haya manipulado o alterado el objeto probatorio, cabe realizar las siguientes apreciaciones.

Esta Sala -con una conformación parcialmente diferente- en la causa nro. 37443/18 “G., F. J. s/ nulidad” del 31 de julio de 2018, declaró inválida la actuación en un supuesto que, si bien en una primera lectura podría resultar similar, registra una diferencia fundamental que lo vuelve opuesto.

Aun cuando en ambos se trató de un celular hallado en poder del sospechoso, en aquél el preventor luego de incautarlo retiró su chip y lo colocó en el suyo, lo que puso en serio riesgo la prueba por la posible eliminación de información o, incluso, incorporación de otra. Ese procedimiento, por sus consecuencias irreproducibles sin duda debió ser controlado por la defensa (art. 200 del Código Procesal Penal). Por eso se hizo hincapié en la modalidad a adoptar al manipularse prueba digital.

Al respecto se sostuvo que “...desde el punto de vista de preservación de la evidencia digital, lo ideal es que la policía manipule lo menos posible los elementos informáticos, a fin de no alterar la información...” (Dupuy, Daniela-Kiefer, Mariana; “Ciberdelitos. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet”; Euros Editores S.R.L, Buenos Aires, 2018, pág. 456).

Además, aún cuando así actuó el preventor, desoyó la expresa disposición previa del Juez de someter el teléfono a un peritaje, lo cual indefectiblemente ajustó la continuación de su examen a las previsiones del artículo 258 y concordantes del Código Procesal Penal.

El preventor así no sólo no acató una orden expresa, sino que además puso en riesgo la prueba obtenida.

Incluso ese examen bien pudo afectar la intimidad del verdadero propietario –como se destacó- ya que se accedió a información careciendo de autorización judicial para ello.

Sin embargo, aquí sólo se recibió una llamada, lo que difícilmente puede equiparse al supuesto anterior ya que la acción de “atender” no tiene potencial para afectar el software del aparato o sus datos. Basta repasar que para entablar la comunicación es suficiente apretar un botón, sin necesidad de acceder a su sistema operativo y en el punto al que se había llegado en esa detención estaba justificado.

Es evidente que el objeto no sufrió transformación alguna que lo afecte de forma determinante, por lo que la cadena de custodia se mantuvo indemne, teniendo la defensa la posibilidad de participar en cualquier peritaje futuro a efectos de garantizar su derecho a controlar la prueba.

En consecuencia, toda vez que actuación policial ningún perjuicio generó ya que no se advierte garantía constitucional conculcada, el Tribunal

RESUELVE:

REVOCAR el auto de fs. 39/41vta., en cuanto fue materia de recurso.

Regístrese, notifíquese y devuélvase las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.

Julio Marcelo Lucini

Mariano González Palazzo

Magdalena Laíño

Ante mí:

María Martha Carande

Secretario de Cámara