

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA FERIA A
CCC 8796/2014/2/CA2

“C. Q. , Á. G. ”. Nulidad. Juzgado de Instrucción 29/152. MA

///nos Aires, 15 de enero de 2015.

Y VISTOS:

Convoca al Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra el auto de fs. 6/9, en cuanto no hizo lugar a la nulidad interpuesta respecto de la denuncia de T. V. C. y del aporte que hiciera en ese acto del teléfono celular marca N... con IMEI/.../..../-

El juez Julio Marcelo Lucini dijo:

El recurrente ha centrado sus agravios en que V. C. compulsó los archivos digitales que tenía almacenados en la memoria del aparato, de los cuales se desprenderían las conductas que son objeto de esta investigación, afectando así el derecho a la privacidad contenido en los arts. 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional, art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 17, incs. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en función del art. 75, inc. 22, de la Carta Magna.-

Fundamentó su postura en que la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que *“El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias”*. Y que en ese sentido el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que: *“el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”* (“E. y otros Vs. B., rta. 6/07/2009).-

El artículo 18 de la Constitución Nacional dispone la inviolabilidad de domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. No caben dudas respecto a que dentro de esa enunciación quedan comprendidas también las comunicaciones de cualquier tipo, sean correos electrónicos, llamados telefónicos o mensajes de texto, entre otros. Sobre ello prácticamente no hay controversia jurisprudencial ni doctrinaria. -

No obstante, en los casos “F.”, “A.” y “F. P.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y “K.” y “L.” de la Cámara Federal de Casación Penal, se advierte una postura cautelosa tendiente a evitar una extensión de esa protección más allá de la letra de la norma.

Ante la razonabilidad de su aplicación entonces, corresponde determinar ahora en qué circunstancias los archivos multimedia pueden ser objeto de la tutela que establece nuestra Carta Magna.-

Así es evidente que la protección otorgada tiene por finalidad garantizar el respeto a la vida privada de la persona en sus ámbitos más íntimos, por lo que resulta difícil excluir a los registros audiovisuales que un individuo conserva en su computadora personal, sea en una memoria de almacenamiento (pendrive) o, como en este supuesto, en un teléfono móvil.-

El avance de la tecnología y el desarrollo de los medios de comunicación obligan necesariamente a extender el resguardo a todos aquéllos objetos que se encuentran “**dentro de la esfera de custodia de cada individuo**” y que contengan datos de su vida privada, reveladores de su personalidad que desea preservar.

En este sentido la Sala II del Tribunal Constitucional de España ha entendido que “si no hay duda de que los datos personales relativos a una persona individualmente considerados (...), están dentro del ámbito de la intimidad constitucionalmente

protegido, menos aún puede haberla de que el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal, entre otros datos sobre su vida privada y profesional (en forma de documentos, carpetas, fotografías, videos etc.) –por lo que sus funciones podrían equipararse a los de una agenda electrónica-, no sólo forma parte del mismo ámbito, sino que además a través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano.” (Sentencia 173/2011, del 7/11/11).

Partiendo de tal premisa, debe analizarse si la intromisión de T. V. C. en el teléfono de C. Q. resultó o no ilegítima y si, por lo tanto, la denuncia que radicara como consecuencia del contenido de los videos allí contenidos puede ser admitida en el proceso.-

A diferencia de lo sostenido por el juez de la anterior instancia, entiendo que el imputado no renunció a su expectativa de privacidad por el solo hecho de haber olvidado el teléfono en el comercio de la denunciante.

El Diccionario de la Real Academia Española define la renuncia como la “dimisión o dejación **voluntaria** de algo que se posee, o del derecho a ello”.

No caben dudas que quien olvida sus pertenencias en la vía pública no las está abandonando voluntariamente, aunque sí las coloca en una situación de exposición frente a terceros que condiciona su expectativa de privacidad.

En definitiva, doy por sentado que la renuncia implica un acto voluntario que no se verifica en el legajo y que haber dejado por descuido el objeto en un lugar de acceso público relativiza el nivel de protección que la normativa privilegia.

En este aspecto, A. C. enseña que para que el ámbito de privacidad sea digno de tutela, será necesario por un lado que el

individuo se haya comportado de manera tal de exhibir un interés en mantenerlo; al tiempo que la expectativa de privacidad deberá ser una que el Estado esté dispuesto a reconocer como razonable (Garantías constitucionales en el proceso penal, ed. Hammurabi, pág. 438).-

Resulta difícil sostener la existencia de una invasión al ámbito privado cuando el objeto fue dejado en un lugar de acceso público.-

La actitud de quien lo encuentra y lo revisa en aras de identificar a su titular para reintegrarlo no resulta ilegítima, máxime si se tiene en cuenta que el teléfono se hallaba en su local de comidas y, por consiguiente eventualmente bajo su égida.

En este aspecto, la jurisprudencia norteamericana ha entendido que la persona tiene una expectativa de privacidad respecto de los bienes que tiene dentro de su domicilio (United States Supreme Court, "Payton v. New York, 445 US 573, citado en "La investigación penal y las garantías constitucionales, Ricardo Matías Pinto, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2009, pág. 232), postura que comparto aunque con la aclaración que el vocablo "domicilio" que allí se utiliza, debe ser entendido como la esfera de custodia o ámbito inmediato de protección.

En el contexto en análisis un tercero accedió a la información, con la única finalidad aparente de individualizar a su dueño, ya que una vez que ese objetivo se interrumpió por el hallazgo que lo sorprendió, concurrió a la prevención en un lapso prudente e hizo entrega del celular.-

Cabe recordar que si bien el artículo 2534 del Código Civil dispone que el que hallare una cosa perdida y no supiere la identidad de su titular debe entregarlo al juez más cercano o a la policía del lugar, pero lo cierto es que es usual que sea el particular quien primero intente dar con su dueño y lo restituya, para lo cual

obviamente debe previamente examinarlo. Además, el teléfono olvidado por C. Q. carecía de un chip de una compañía prestataria de servicios, lo que posiblemente dificultaba aún más contactar a su usuario.

Ante ese panorama es posible afirmar que el acceso a los archivos de fotos y videos se presume de buena fe y sólo para determinar si conocía al propietario. De otra manera no lo hubiese luego puesto a disposición de la autoridad, sino que se habría apoderado del objeto.

Resta determinar si el Estado puede utilizar la novedad que el particular puso en su conocimiento para dar inicio a una investigación criminal.

En tal sentido debe recordarse que las reglas de exclusión de la prueba ilegalmente obtenida buscan evitar que el Estado se beneficie, o eventualmente construya sus sentencias, como consecuencia de un acto que los funcionarios hayan desplegado transgrediendo las normas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, “C. H. ”, Fallo 46:36; “M. , L. ” Fallo 303:1938).

De tal manera, no es nula la actuación de un particular que no interviene como funcionario, en tanto las garantías constitucionales, en principio, tienen como fin proteger al imputado frente al poder estatal. Por ello, la exclusión de la prueba obtenida ilegítimamente sólo procede contra actos que provengan de órganos estatales. En ese aspecto se sostiene que *“la regla de exclusión probatoria requiere que la evidencia obtenida sea la consecuencia directa o indirecta de la violación por parte del gobierno a las enmiendas cuarta, quinta y sexta de la Constitución”* (Corte Suprema de los Estados Unidos, fallos: “Weeks v. U.S”, 232 U.S. 383, 398 - 1914-; “Mapp v. Ohio”, 367 U.S. 643, 654 -1961-, citado en C.C.C., Sala VI, causa nro. 1259/2012 “G. , R. N. ”, rta. 3/10/2012, entre otras).-

En la misma línea se dijo “*la Corte Suprema norteamericana ha sostenido que la cuarta enmienda constitucional no se aplica a registros, aun cuando sean irrazonables, que son practicados por un individuo particular que no actúa como un agente del gobierno. De esta manera no puede presentar una afectación a las garantías constitucionales, y por ello no puede ocurrir un caso de exclusión de la prueba, por ser el producto de un acto gubernamental ilegal*” (“Pinto...”, ob. cit. Pág. 233, en la que se citó: “United States v. Millar, 425 US 435”).

En síntesis, la información que el Estado obtenga de un particular en situación como la aquí estudiada no puede ser excluida como indicio válido para iniciar un proceso penal y, en consecuencia, no advirtiéndose una violación a las garantías consagradas en nuestra Constitución Nacional, voto por homologar la decisión recurrida.

El juez Juan Esteban Cicciaro dijo:

Con arreglo a la propuesta formulada por el juez Lucini, el rechazo del planteo de nulidad debe confirmarse.

El caso reporta circunstancias particulares que conducen a desechar cualquier afectación a la *intimidad* o *privacidad* (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional) y, de igual modo, no se ha verificado una injerencia *arbitraria* o *abusiva* en la vida privada del imputado Á. G. C. Q. (art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Debe puntualizarse en ese orden que el teléfono celular fue dejado -olvidado o no- en un lugar que oficia como sitio de comidas al que accede públicamente cualquier persona (fs. 1 y 9).

Como indica la experiencia común –uno de los sustratos de la sana crítica-, es habitual en la vida cotidiana el hallazgo de dispositivos de tal naturaleza, sean perdidos o previamente

sustraídos, como también lo es que quien encuentra un teléfono en tales circunstancias pretenda devolverlo.

T. V. C. es quien explota el lugar y luego de que se retirara el sujeto que adquiriera comida, encontró el teléfono. Aquella se trata de una persona de nacionalidad, de 32 años de edad y que reside en el país desde hace tres años.

Harto improbable es que, al tiempo del hallazgo, conociera las disposiciones del art. 2534 del Código Civil, que reza: *“Si el que hallare la cosa no supiese quién era el dueño, deberá entregarla al juez más inmediato, o a la policía del lugar, los que deberán poner avisos de treinta en treinta días”*; como tampoco podría achacársele que no examinara el teléfono de modo tal que esquivara –conocimientos especiales mediante- cualquier dato o contenido que pudiera invadir la intimidad o privacidad de quien lo utilizaba.

No otro móvil que el de concretar el reintegro del aparato se desprende de su conducta y una de las maneras dirigidas a tal fin, razonablemente –el aparato carecía de *chip*-, consistía en comparar alguna fotografía que pudiera contener el dispositivo con aquellas personas que en la mañana del 16 de enero de 2014 se habían constituido en su local. Precisamente, a fs. 9 vta. dijo haber visto a una persona “en las fotos”.

Debe recordarse que ningún proceso penal se había iniciado y que evidentemente lo que ocurrió fue un hallazgo de las imágenes involucradas, extremo éste que concita cierto parecido con la situación que emerge de la autorización prevista en el art. 224 *in fine* del Código Procesal Penal en ocasión de un registro domiciliario.

Por lo demás, el hecho de que en menos de 24 horas se constituyera en una comisaría para dar cuenta de tal hallazgo, evidencia un prudente y razonable proceder –al cabo, paradójicamente, satisfizo aquello que manda la norma civil aludida-,

de modo que puede inferirse su buena fe, pues como lo ha sostenido nuestra Corte Federal ya en el siglo XIX (1871), "...es también un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le pruebe lo contrario" (Fallos: 10:338, citado en Fallos: 321:3630).

Como podrá verse, V. C. no se ha quedado con el teléfono ni se advierte que su conducta se hubiera encaminado a conocer datos de la vida privada de una persona a la que, a la sazón, no conocía.

La denunciante no reviste la condición de funcionaria pública. En torno a la prueba aportada por particulares, en base a un texto constitucional análogo, "la jurisprudencia norteamericana ha considerado que cuando un ciudadano privado entrega pruebas de un delito a un oficial de policía, no se entiende que la prueba esté manchada de ilegalidad, y tradicionalmente se la ha juzgado admisible ante el Tribunal" (Corwin, E.S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Editorial Fraterna, Buenos Aires, 1987, p. 463).

Igual orientación ha seguido nuestra jurisprudencia al respecto, en el sentido de que las grabaciones constituyen prueba documental, de suyo válidas, en la medida en que se trata de la documentación de un hecho histórico acaecido, en el marco del criterio de no taxatividad de los medios de prueba (CFCP, Sala IV, causas números 847, "W. , C. ", del 30-10-1998 y 1390, "P., D.", del 7-9-1999; en igual sentido, de la Sala VII de esta Cámara, causa N° 27.283, "G., N.", del 20-9-2005).

A mayor abundamiento, debe apuntarse que se está en presencia de una gravosa imputación, según la cual C. Q. habría obligado reiteradamente a un menor de seis años de edad a practicarle sexo oral aprovechando la situación de convivencia preexistente, práctica que era filmada.

Sucesos de tales características evocan las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya aplicación cabe a las autoridades judiciales (arts. 6, 16, 19 y concordantes) –de la Sala VII de esta Cámara, causa Nº 41.024, “O., C.”, del 31-5-2011-.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado oralmente por el Ministerio Público Fiscal en la audiencia, debe confirmarse lo resuelto.

En consecuencia, esta Sala **RESUELVE:**

CONFIRMAR el auto documentado a fs. 6/9 de este incidente, en cuanto fue materia de recurso.

Devuélvase y sirva lo proveído de atenta nota de envío.

Juan Esteban Cicciaro

Julio Marcelo Lucini

Ante mí: María Dolores Gallo