

//nos Aires, 31 de julio de 2018.-

Y VISTOS Y CONSIDERANDO

I.- Interviene el Tribunal en la apelación interpuesta por la defensa oficial de *F. J. G.* (ver fs. 11/14), contra el auto de fs. 7/10 que no hizo lugar al planteo de nulidad.

II.- En ella cuestiona la inspección del celular practicada por el inspector *Pedro Alejandro Galian* en el procedimiento policial del 23 de junio pasado a las 10:15 horas, en el que se detuvo al nombrado y a *J. R. R.* por el presunto desapoderamiento del teléfono celular propiedad *G. A. T. G.*, en la parada del colectivo de la línea de la avenida - próxima al hotel -.

Sostiene que en el caso aquél no actuó bajo las previsiones del artículo 184 inciso 2 y 230 bis del Código Procesal Penal de la Nación, pues no existió urgencia ni peligro alguno de perder información necesaria para ubicar al damnificado, por lo que la inspección del aparato para desbloquearlo, retirar el chip y colocarlo en el suyo para llamar al primo de *T. G.* resultó ilegal.

III.- Tras examinar las circunstancias en las que se realizó la inspección del objeto sustraído y la identificación de la víctima, estimamos que la nulidad propiciada debe prosperar.

a) En primer lugar se destaca que el personal policial se excedió en los límites que la ley fija a sus facultades de intervención ya que no se vislumbra una situación de urgencia o gravedad que lo legitimara a actuar de tal forma, y afectó lo establecido en la norma citada.

En este contexto, la interceptación de los imputados aparecía como razonable para dilucidar si se estaba ante la presencia de un evento ilícito previo. Por ello, el oficial *Miguel Antonio Chilavert* se encargó de la detención de aquéllos. Luego se comunicaron con la Fiscalía correspondiente, cuyo titular no dispuso el trámite de flagrancia por no haber un damnificado individualizado. Por su parte, el juzgado interviniente ordenó la toma de fotografías y

el peritaje del celular. Pero en ningún momento autorizó a *Galian* a actuar por su cuenta como lo hizo después de recibir directivas que, a nuestro juicio, ya limitaron su marco de intervención.

Así, el funcionario no cumplió con la disposición judicial y, tal como sostiene la defensa, una correcta prevención hubiera solamente secuestrado el celular para la realización de un peritaje.

La tarea del preventor debe circunscribirse a “(...) *evitar la inalterabilidad del estado de las cosas en el perímetro donde ocurrió el hecho a cuyo fin tomará precauciones para que la materialidad y los rastros o huellas del delito se mantengan sin alteraciones sustanciales hasta que se produzca la presencia del juez quien, en definitiva, dará las indicaciones que fuera menester*” y “(...) *el requisar a las personas e inspeccionarles sus efectos personales o vehículos es válido siempre que existan circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dicha medida (...) de igual forma corresponde proceder si la demora en la realización puede comprometer o hacer peligrar el éxito de la investigación o se trate de un caso de flagrancia” (ver ALMEYRA, Miguel Ángel, “Código Procesal Penal de la Nación, Comentado y Anotado”, Tomo II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 48 y 50) -el subrayado nos pertenece-. Ningún supuesto se verifica en este caso.*

La urgencia o gravedad de la medida se descarta pues el Ministerio Público ignoró el trámite de flagrancia y el Juez no dispuso la prueba cuestionada, por la que ciertamente se llegó a la identificación del dueño del teléfono únicamente por el accionar solitario y así ilegítimo del policía.

No puede soslayarse que un simple error por parte de *Galian* -que no es especialista en el tema- podría haber echado a perder no sólo la prueba, sino toda la investigación.

Es trascendental hacer hincapié en esto pues numerosos instrumentos y protocolos regulan y destacan la importancia del

cuidado de la evidencia. En este caso facilitarían la recolección de datos y acceso a sus sistemas informáticos, incluidos otros teléfonos celulares. Ello impone garantizar su inalterabilidad y utilidad para una correcta investigación.

Destacamos la Resolución 234/2016 “Protocolo general de actuación para las fuerzas policiales y de seguridad en la investigación y proceso de recolección de pruebas en ciberdelitos” que, entre otras cosas, traza los lineamientos a seguir a los efectos mencionados.

El Convenio de Budapest sobre ciber delincuencia del 23 de noviembre de 2001 desarrolla lo antedicho y los pasos a seguir para obtener y conservar datos. Aún más, invita a los Estados partes - Argentina no lo es- a tipificar como delito el acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático (ver, del texto citado, capítulo II, Sección 1, Derecho penal sustantivo, Título 1, Delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos).

Una de las primeras guías de buenas prácticas para recolección de evidencia digital es la RFC 3227 (IETF-ISOC, 2002), que inició el camino hacia la formalización de principios y acciones críticas durante los procedimientos operativos de campo en los que se requiere identificar y preservar ese tipo de prueba. En ella se detallan sus características esenciales y requisitos referidos a admisibilidad, autenticidad, completitud, confiabilidad y credibilidad para que como prueba se incorpore legalmente a un proceso.

Un documento publicado por el Reino Unido por la Association of Chief Police Officers (ACPO, 2004, 2012) establece cuatro principios básicos para el manejo de la evidencia digital. Destacamos dos de ellos, a saber: 1) ninguna acción realizada por personal de las fuerzas de seguridad debería alterar los datos almacenados en computadoras o medios de almacenamiento susceptibles de ser presentados a juicio; 2) para aquellas circunstancias en que fuera necesario el acceso a un dato original,

almacenado en una computadora o un medio de almacenamiento, la persona “**debe ser competente**” para llevar adelante esa tarea y capaz de entregarla explicando la relevancia e implicaciones de sus acciones;

La Organización internacional para la Estandarización (ISO, 2012) publicó la ISO/IEC 27037:2012 que describe los lineamientos de trabajo sugeridos durante la identificación, recolección, adquisición y preservación de potencial evidencia digital.

Es por ello que se debe tomar consciencia de su presencia y valor. Actualmente la prueba física y la digital comparten los mismos fundamentos del modelo de la criminalística en lo que refiere a minimizar la contaminación en el lugar del hecho. Utilizar los principios y estándares establecidos es el objetivo primario para la admisibilidad de la evidencia.

Sin embargo, ambas tienen diferencias. Como corolario, se destaca que la digital requiere de más recursos porque tiene mayor posibilidad de modificación inadvertida.

Es decir que la actuación policial estaría vedada no sólo por su deber de resguardo de la intimidad, sino también por la idoneidad requerida para operar un instrumento electrónico pasible de ser objeto de prueba.

La incautación de dispositivos móviles “(...) *normalmente mantiene las mismas consideraciones de procedimiento que aplican a otras fuentes de evidencia digital, pero en cuanto a aspectos técnicos inherentes a la recolección se adiciona una problemática especial. Las buenas prácticas sugieren que si se encuentran dispositivos móviles encendidos, deben ser resguardados y transportados en ese estado evitando el apagado*” (ver Dupuy, Daniela y Kiefer, Mariana, “*Ciberdelitos, Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Recolección de evidencia digital*”. Prólogo de Germán C. Garavano, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2018, pp. 631).

b) Por otro lado se ve afectado el derecho de defensa del imputado pues la parte no tuvo oportunidad de controlar la prueba que

en este caso derivó en la forma en la que se habría dado con el damnificado que se realizó sin la presencia de testigos, medida que así resultó irreproducible.

Recordamos que ésta garantía es inviolable, encuentra su génesis en la Declaración de los Derechos del Hombre de Virginia de 1776 y luego fue reconocida tanto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, como en los tratados internacionales de los cuales el estado argentino forma parte y, conjuntamente, conforman el denominado bloque constitucional.

Es una prerrogativa inherente a todo ciudadano y consiste en resistir y controlar la prueba, la acusación y la razonabilidad. Debe ser eficaz y para que así lo sea debe ser realizado con todos los elementos normativos posibles.

Y es un principio garantizador tan básico que, si no se lo cumple, las restantes garantías dejan de desarrollar su función específica y es el derecho intangible que tiene todo ciudadano a responder a los cargos que se le realicen en el curso de un proceso penal y actúa en forma conjunta con las demás garantías y las torna operativas. De ahí la importancia de su resguardo.

c) También como adelantamos se vislumbra afectación al 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.

Recordamos que su artículo 18 dispone la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. No caben dudas a que dentro de esa enunciación quedan comprendidas también las comunicaciones realizadas mediante correos electrónicos, llamados telefónicos o mensajes de texto, entre otros. Sobre ello prácticamente no hay controversia jurisprudencial ni doctrinaria y los avances tecnológicos día a día establecen nuevas formas de relacionarnos lo cual convierte a tal enumeración en simples ejemplos.

No obstante, en los casos “Fabro”, “Aguirre” y “Fernández Prieto” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y “Kolek” y Longarini” de la Cámara Federal de Casación Penal, se advierte una postura cautelosa, para 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 las llamadas telefónicas deben ser objeto de la tutela que establece nuestra Carta Magna.

La protección tiene por finalidad garantizar el respeto a la vida privada de la persona, aún 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 con información extraída de un chip que no es más que el eventual listado de llamadas que con él se realizaron.

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, u otras cuestiones personales que desea preservar (ver voto del Dr. Julio Marcelo Lucini en causa de feria n° 8796/2014 “C. Q., Á. G., rta. 15/01/2015), debiéndose destacar que si bien estaba en duda la titularidad del bien, lo expuesto debe ser ampliamente interpretado, abarcando aquí el secuestrado en poder del imputado.

Por ello la Corte Suprema de Justicia norteamericana extendió esta garantía a los datos almacenados en el teléfono celular de una persona detenida y el 25 de junio de 2015 resolvió en los casos “*Riley vs California*” y “*United States vs Brima Wurie*” sobre el alcance de las facultades de los funcionarios policiales para examinar, **sin autorización judicial**, el contenido de la información del aparato. Así en estos leading cases se juzgó que ese procedimiento policial violó la Cuarta Enmienda de la Constitución, inter nos, el artículo 18

de nuestra Carta Magna y la garantía de inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados.

d) Ahora resta determinar si las circunstancias señaladas autorizan continuar con el proceso, en tanto se hubiese podido arribar a la identificación de la víctima por otros medios, que hubiesen conducido al descubrimiento inevitable de la misma información como prueba independiente de la diligencia que se declarará nula.

Recordamos que *“La excepción al descubrimiento inevitable se aplica cuando la actividad ilícita (v. gr., inspección sin orden) y sus consecuencias (v. gr., secuestro del celular) se hubieran conocido por otros caminos que en el futuro, indefectiblemente se hubiesen presentado, prescindiendo de la actuación contraria a derecho (v. gr., persona que presenció el ingreso de la droga al domicilio y estaba dispuesta a denunciarlo).*

La diferencia entre esta excepción y la de la fuente independiente es que esta última requiere que la prueba alternativa e independiente sea actual; en cambio, en el descubrimiento inevitable, que sea hipotéticamente factible. También que esta última se distingue por no requerir una línea de investigación distinta actual y comprobada en el expediente, sino que basta un concatenación hipotética” (Hairabedián, Maximiliano, *“Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal”*, Ad- Hoc, 2002, pág. 73).

Además *“esta excepción coincide con la fuente independiente en que su procedencia está dada en el método de supresión hipotética de la prueba ilícita. Por eso no aparece afectada la coherencia del sistema toda vez que, aun cuando no hubiese existido la violación constitucional, la prueba habría llegado de todas formas al proceso por vías legales independientes y autónomas. Es decir que la prueba derivada no es una consecuencia necesaria de la infracción legal. Pero para que no se afecte la integridad del sistema, deben mediar dos requisitos indispensables. El primero es que el vicio de la prueba ilícita no sea de aquellos que afectan valores morales fundamentales, o sea aquellos reconocidos por garantías*

constitucionales que no pueden ser trasgredidos ni siquiera por orden de autoridad (v. gr., confesión bajo tormentos). El segundo recaudo indispensable es que haya certeza sobre el posterior descubrimiento, no pudiendo aplicarse la excepción cuando haya dudas sobre su eventual acaecimiento” (Hairabedián, Maximiliano, ob. cit. pág. 203).

En igual sentido Roxin sostiene que *“una prohibición de valoración probatoria no es improcedente cuando el medio de prueba hubiera sido obtenido, también, posiblemente, sin el vicio de procedimiento; antes bien, su obtención debe haber sido realizada muy probablemente en virtud de las investigaciones precedentes”* (Roxin, Claus, *“Derecho Procesal Penal”*, Editorial del Puerto, pág. 193).

En los Estados Unidos, en el juicio *“Nix v. Williams”*, se aplicó la excepción del descubrimiento inevitable, ante un caso en el que una persona con problemas mentales fugada de un hospital psiquiátrico mató a una menor de edad. Su abogado le había aconsejado que no respondiera al interrogatorio policial, pero la policía lo trasladó a la zona del hecho y le pidió que señalara dónde estaba el cuerpo, aduciendo que era necesario hallarlo para poder darle cristiana sepultura. El acusado así lo hizo y el cadáver fue encontrado. La prueba se hizo valer, porque aun cuando no hubiese realizado esa confesión, el cadáver habría sido igualmente hallado por las patrullas que lo buscaban, que ya estaban llegando al lugar (467US431, 442-443).

El Tribunal Supremo español la ha acogido expresamente en distintos pronunciamientos. En un caso, en el que se practicó una intervención telefónica y la acusada era objeto de proceso de vigilancia y seguimiento anterior incluso al inicio de la intervención telefónica... Es decir que inevitablemente y por medios regulares, ya había cauces en marcha que habrían desembocado de todos modos en el descubrimiento de la entrega del alijo (Sentencia del 4/7/1997).

Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6

CCC 37443/2018/2/CA2

G., F. J.

Nulidad

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional nro. 5

No hay dudas que de actuar correctamente y conforme las disposiciones del Fiscal -que vela por la legalidad del proceso- y de la autoridad judicial, se habría llegado de todos modos a la identificación de la víctima. Bastaba con un simple peritaje. Pero ello no puede utilizarse para justificar el accionar del policía pues estaríamos haciendo de la excepción la regla y permitiendo la extralimitación de los funcionarios en casos tan simples como el que nos ocupa.

En definitiva, creemos que debemos seguir un criterio restrictivo en la aplicación de la excepción, no aplicable en este supuesto, para que no se convierta la doctrina del descubrimiento inevitable en un vehículo que derogue el derecho de todos los ciudadanos a estar libres de las intromisiones ilegales del Estado.

III.- En consecuencia, y para no otorgar valor a las pruebas que se obtienen como resultado de un procedimiento irregular, pues apoyar sobre ellas una decisión judicial compromete la buena administración de justicia, el Tribunal **RESUELVE:**

I.- DECLARAR LA NULIDAD de la requisita del celular practicada por *Pedro Alejandro Galian*, de todo lo actuado en consecuencia y **SOBRESEER** a *F. J. G.* (artículos 167, 168 y 334 del Código Procesal Penal de la Nación).

II.- DISPONER LA INMEDIATA LIBERTAD de *F. J. G.*, la cual deberá hacerse efectiva en la instancia anterior.

Se deja constancia que el juez Mariano González Palazzo no interviene en la presente por hallarse en uso de licencia.

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

Julio Marcelo Lucini

Magdalena Laíño

Ante mí:

Miguel Ángel Asturias
Prosecretario de Cámara