

///nos Aires, 27 de septiembre de 2021.

AUTOS Y VISTOS:

Interviene la Sala con motivo del recurso de apelación deducido por la defensa de W. D. F., R. E. P. y H. A. contra auto que no hizo lugar al planteo de nulidad formulado por esa parte, con costas.

Presentado el memorial y efectuada la réplica de conformidad con lo dispuesto por el Acuerdo General de esta Cámara del 16 de marzo de 2020, las cuestiones traídas a conocimiento están en condiciones de ser resueltas.

Y CONSIDERANDO:

Breve reseña del trámite de las actuaciones:

Se iniciaron las presentes actuaciones con la denuncia efectuada por S. A. P. el 9 de mayo de 2019 (fs. 1/vta.), luego de enterarse que R. E. P., C. H. A. y C. C. –su hermana, cuñado y madre, respectivamente– habrían acudido con su padre N. S. P., mientras cursaba una grave enfermedad por la cual habría fallecido días después, a una escribanía de este medio para poner a nombre de W. D. F. el inmueble familiar ubicado en Bolívar (...), localidad de Lomas del Mirador, provincia de Buenos Aires. Ello, con el presunto objeto de que eventualmente el bien quedase en poder de la nombrada R., perjudicando así al denunciante y a su otro hermano, dado que no podrían heredarlo.

Al ratificar su declaración en sede fiscal (fs. 13/18), P. informó que poseía mensajes de texto y audio intercambiados con el imputado F. a través de la aplicación “WhatsApp” en los que éste habría reconocido la situación, cuyas capturas de pantalla aportó al expediente (fs. 20/23).

En ese marco, el 13 de junio de 2019 la representante del Ministerio Público Fiscal, a cargo de la investigación en los términos del artículo 196 del CPPN, ordenó que se solicitara a la División Análisis de Inteligencia Informática de la Policía de la Ciudad, la descarga de todas las conversaciones mantenidas entre ambos

involucrados a través de aquel *software*, para lo cual el afectado proporcionó su aparato telefónico (fs. 24/vta.) y, luego, pidió a esa misma dependencia que los archivos de audio fueran transcritos (fs. 101/vta.).

De la nulidad:

La defensa cuestiona que la fiscalía no contaba con una orden judicial previa para requerir la copia y transcripción de los diálogos mantenidos a través de la aplicación “WhatsApp” a la División Análisis de Inteligencia Informática de la Policía de la Ciudad. Fundó su postura principalmente en el entendimiento de que, en tanto se trataba de conversaciones privadas, ese modo de incorporación habría afectado el derecho de intimidad de su asistido, amparado por la Constitución Nacional, debiendo haberse llevado a cabo en los mismos términos previstos para la interceptación de correspondencia o la intervención de una línea telefónica, conforme a los artículos 234 y 236 del Código Procesal Penal de la Nación.

Al respecto, resulta relevante lo dicho por la doctrina en relación a que, hoy en día, *“la evidencia digital [es] un tema fundamental en la prueba de cualquier tipo de delitos”, pero “nuestros códigos procesales penales, no prevén normas especiales que regulen este medio de prueba de manera especial, atendiendo a sus características especiales. Antes bien, la evidencia digital se “obtiene” e “incorpora” al proceso de la mano del principio de libertad probatoria y sobre la base de aplicación analógica de reglas que regulan los medios de prueba tradicionales (...)”*, sin perjuicio de lo cual *“no siempre la aplicación de la analogía lleva a las soluciones adecuadas en la aplicación de estas nuevas pruebas”* (Marcos G. Salt, *“Tecnología Informática: ¿un nuevo desafío para el Derecho Procesal Penal?”*, XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rubinzal editores, Buenos Aires, Argentina).

En esa línea, se dijo que *“(...) tampoco es conveniente la aplicación analógica de las normas vigentes ni es suficiente la construcción jurisprudencial de nuestro máximo tribunal en la*

interpretación de la garantía en su sentido tradicional. Antes bien, es conveniente un análisis de cada una de estas nuevas herramientas tomando en consideración para la regulación de las salvaguardas necesarias su potencial de afectación del derecho a la intimidad conforme a los principios generales sentados en la jurisprudencia tanto de la CSJN como de los organismos internacionales de Derechos Humanos. Así, por ejemplo es posible diferenciar el nivel de protección necesario para la intervención del contenido de comunicaciones electrónicas del necesario para la obtención de datos de tráfico o la orden de aseguramiento de algún dato electrónico” (Salt, ob. cit.).

En el caso, las comunicaciones aludidas fueron facilitadas por el denunciante –interlocutor en la conversación virtual mantenida– para respaldar sus dichos y la actuación de la dependencia policial se limitó a la obtención de una copia de la información que obraba en el aparato telefónico, es decir, la guarda en un soporte informático de los datos que estaban almacenados en ellos (*in re* Sala IV, causas Nº 81.978/2018/1, “Amarilla”, rta.: 20/9/19 y 29.202/2015, “Zapata”, rta.: 28/4/21, ambas con integración parcialmente diferente). En este contexto, el pedido de la representante del Ministerio Público Fiscal se dirigió a acreditar la veracidad y la legitimidad del contenido de las conversaciones, así como favorecer su conservación, en tanto solo se reprodujeron los chats previamente agregados a la causa. Sobre esto último, cabe resaltar que la defensa aclaró en su apelación que no cuestionaba el aporte efectuado por el denunciante S. P., cuya propia intimidad no puede razonablemente señalarse como obstáculo en tanto proporcionó voluntariamente las constancias de los diálogos en los que él mismo había participado.

Tampoco se vislumbran vicios vinculados con el procedimiento de descarga de los datos pues los funcionarios intervinientes dejaron una detallada constancia del mismo (fs. 57/vta.), a la vez que no podría haber incidido la falta de testigos hábiles o una cadena de custodia, pues no se verificó una diligencia

de secuestro que permitiera analizar desde un inicio el resguardo del equipo. Como ya se indicara, fue P. quien lo proporcionó, y las cuestiones relativas a la veracidad o integridad del contenido, si las hubiera, se reducen a una cuestión probatoria o de valor de esas constancias en el orden del convencimiento.

Por otro lado, la documentación de los audios no constituye un peritaje en tanto operación que valore o dictamine en función de una especialidad científica o técnica (artículo 253, *a contrario sensu*, del CPPN), y por ello las circunstancias puestas de resalto por la recurrente no acarrear su invalidez. Conforme señala reconocida doctrina *“los exámenes técnicos no guardan equivalencia con la prueba pericial (art. 253 y ss.) y no les resultan aplicables las normas que la regulan”* (Navarro, Guillermo Rafael -Daray, Roberto Raúl, *“Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”*, t. 1, Hammurabi, 2º ed., Buenos Aires, 2006, p. 495 y 666).

A ello se añade que se trata de un acto en principio reproducible y por ende pasible de reedición, además del correlato que puede encontrarse entre la copia y guarda de archivos digitales y las diligencias análogas que integran los quehaceres habituales -e innominados- de la instrucción, como la recepción, copia y guarda de archivos de papel. Con más razón si se atiende a la progresiva equiparación legal entre ambas especies de documentos y archivos, sobre lo cual cabe remitirse a la reseña realizada por esta Sala -con integración parcialmente diferente- en cuanto a que *“el artículo 6º de la Ley 25.506 define el concepto de documento digital como la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo, lo que también se ve reflejado en el artículo 77 del Código Penal –redacción conforme la Ley 26.388–. Se agrega al análisis que la norma citada en último término equiparó las comunicaciones electrónicas con las postales –tradicionales– al modificar los tipos penales de los*

artículos 153 y 155” (in re causa N° 81.978/2018/11, “Amarilla”, rta. 20/9/20).

Debe reiterarse que no surge de las constancias de la causa que el presunto damnificado tuviera una obligación de confidencialidad en relación al encausado que le impidiera revelar el contenido de los mensajes que voluntariamente éste le enviara. En ese sentido, la jurisprudencia ha considerado que *“el riesgo de una delación por parte del interlocutor es una posibilidad que se asume al hablar, y que uno resigna sus razonables expectativas de intimidad al conversar con otro”* (ver causa N° 18.579/06 de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal, *“Skanska S.A.”*, rta.: 13/4/16 y sus citas).

Asimismo, las objeciones que pudieran hacerse en relación a la interpretación de la prueba son ajenas al remedio intentado en este incidente y deberán ser alegadas por la vía y en el momento oportuno (*in re causa N° 23.602/2016/3, “Aquino”, rta. 28/5/21).*

Finalmente, la pretendida nulidad de la declaración testimonial de S. P. realizada ante la prevención (fs. 1 y vta.) en razón de la falta de testigos hábiles tampoco puede ser atendida. En primer término, no se trata de un acto definitivo o irreproducible. Además, no se advierte -ni la defensa lo ha mencionado- cual sería el perjuicio concreto que habría generado la circunstancia alegada que, en cualquier caso, ha quedado subsanado con la posterior ratificación y ampliación de sus dichos ante la fiscalía (fs. 13/18).

En virtud de las consideraciones expuestas, y teniendo en cuenta el criterio restrictivo en la apreciación de las nulidades, el principio rector de conservación de los actos procesales y toda vez que no se verifica un vicio sustancial que acarree un gravamen irreparable, o se afecten garantías constitucionales, es que corresponde homologar la decisión bajo estudio.

De las costas:

Frente al rechazo del planteo formulado y la ausencia de razones que ameriten apartarse del principio general que rige en materia de costas procesales (artículo 531 del CPPN), luce adecuado que sea la vencida la responsable de cargar no solo con las de la anterior instancia sino también con las correspondientes a esta alzada.

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE**:

CONFIRMAR el auto traído a estudio, en todo cuanto fuera materia de recurso, con costas de alzada a la vencida.

Notifíquese y efectúese el pase al juzgado de origen mediante el Sistema de Gestión Lex 100. Se deja constancia de que el juez Jorge Luis Rimondi integra esta Sala conforme a la designación efectuada mediante el sorteo del 1° de julio de 2021 en los términos del artículo 7° de la Ley N° 27.439, mientras que el juez Julio Marcelo Lucini también la integra por sorteo del pasado 10 de agosto, mas no suscribe por verificarse lo dispuesto en el artículo 24 *bis* del CPPN.

IGNACIO RODRÍGUEZ VARELA

JORGE LUIS RIMONDI

Ante mí:

GISELA MORILLO GUGLIELMI
Secretaria de Cámara