



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Reg. N°241
Folio N°857/878

En la ciudad de Pergamino, a los 01 días del mes de julio del año dos mil veinte, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación y de Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Pergamino, integrada por los **Dres. Martín Miguel Morales, María Gabriela Jure y Mónica Guridi**, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar resolución en la I.P.P. n° 12-00-000164-20/00 caratulada: "**N.N. s/ Estupefacientes - Tenencia con fines de comercialización**" causa **Nº 6026-2020 de esta Alzada**, provenientes del Juzgado de Garantías Juvenil Departamental, habiendo resultado del sorteo correspondiente que la votación debía efectuarse en el siguiente orden: **Dres. Martín Miguel Morales, Mónica Guridi y María Gabriela JURE**

ANTECEDENTES:-

Arriban los presentes obrados a conocimiento de este Cuerpo como consecuencia del recurso de apelación deducido por el Sr. Defensor Oficial del Joven, Dr. Luis Vidal, contra la resolución dictada por el Sr. Juez de Garantías Juvenil, obrante a fs. 882/894 en I.P.P. N° 12-00-000164-20/00 de trámite por ante la Unidad Fiscal del Joven N°1 Departamental, que resolvió hacer lugar solo parcialmente al planteo de nulidad del acta de procedimiento inicial de fs. 1/02, limitando dicha declaración a las actuaciones de fs. 5, disponiendo la elevación a juicio de la presente causa respecto del joven N.N. como autor del delito de Tenencia ilegal de Estupefacientes con fines de comercialización en los términos del Art. 5 inc. c) Ley 23.737.-

Que al fundar su recurso en la audiencia celebrada al efecto -cuyo testimonio obra a fs. 900/901-, la defensa plantea la invalidez del acta inicial de fs. 1/5 y todos los actos que son su consecuencia, ya que existirían todo tipo de irregularidades.

El Dr. Vidal entiende que la persona señalada en el acta no es Alvarez sino Narvaez; que a su asistido N.N. lo para la policía junto a otra



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

persona, le pidieron el documento, y documentación de la moto, no había impedimento para circular, igualmente los requisan a ambos, encontrándole estupefacientes, todo ello a plena luz del día, siendo alrededor de las 15:30 horas.

En dicho instrumento se volcaron los dichos de los jóvenes, a quienes le pidieron el código de desbloqueo de sus aparatos celulares, lo que constituye una auto-incriminación prohibida.

Refiere el Defensor que es muy alta la probabilidad de que la Fiscalía accediera al contenido del aparato celular de N.N. con carácter previo a la pericia, y sin autorización judicial.-

Se queja de la resolución del a quo en cuanto el magistrado si bien nulifica el código de bloqueo obtenido por la policía; sostiene que la causa debe sobrevivir, como así también la pericia telefónica que hace hincapié en que el código de desbloqueo de los aparatos de telefonía no resultaba necesario para obtener los datos que contenía el teléfono, existiendo un cause de investigación independiente.-

La Defensa sostiene que no es así, que contando desde el primer momento con el patrón de desbloqueo - *información que surge del acta de procedimiento-*; por lo que la Fiscalía le pide que aclare esta circunstancia al perito, ya que todo indicaría que el teléfono fue visto antes de la pericia.-

Cita como precedente de la Excma. Cámara Departamental lo resuelto en causa Carranza.

Reafirma que al joven N.N. se le pidió la detención por tenencia para fines de comercialización aunque se le incautara 9 gramos de marihuana. Sostiene que el primer indicio de que se obtuvo la información del teléfono antes, fue la calificación legal exagerada a doce horas del hecho, y el segundo indicio fue que el que manejaba era el mayor de edad, tenía antecedentes y en seis horas lo desvincularon de la causa y quedó libre. A Narvaez se lo separó para que fuera testigo, luego de ver los teléfonos.



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Concluye el defensor que sin el teléfono no hay nada, ni para sostener la calificación legal ensayada, ni la imputación contra su pupilo, y esa información se obtuvo de manera ilegal contrario al 38 de la ley 13.634, por lo que solicita se declare la nulidad del acta de procedimiento inicial de fs. 1/5.-

En ejercicio del contradictorio se corrió vista al Sr. Agente Fiscal Dr. Oldani, quien solicita se ratifique la resolución en crisis, en tanto no existen vicios que justifiquen la declaración de nulidad de todo lo actuado.

Aclara que era el joven N.N. quien detentaba la droga y el dinero (más de tres mil pesos) al momento el procedimiento, y la pericia sobre el aparato determinó que no era necesario el código de desbloqueo del celular para acceder a la información allí contenida.-

Por lo que estudiados los autos se resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

PRIMERA: ¿Es admisible el remedio procesal intentado?

SEGUNDA: ¿Se ajusta a derecho la resolución apelada?.-

TERCERA.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?..-

A la **PRIMERA CUESTION** el Sr. Juez, **Dr. Martín Miguel MORALES** dijo:

Corresponde expedirse con relación la admisibilidad formal del recurso articulado, es decir, si ha sido presentado temporáneamente, si quién lo dedujo contaban con derecho para hacerlo y si el decisorio puesto en crisis es impugnable por medio de esta vía.

En este punto, entiendo que el remedio impugnativo del Sr. Defensor oficial ha sido deducido en tiempo, se interpuso contra uno de los presupuestos contemplados por la norma a los cuales le habilita la vía recursiva y finalmente se han cumplimentado las formas prescriptas para su articulación (art. 36 inc. 7 y concordantes de la ley 13.634).

En función de ello, considero que debe declararse admisible a tenor de los arts. 421, 337, 439, 441, 442 y concordantes del C.P.P.



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Voto en consecuencia por la afirmativa.

A la misma cuestión, las **Sras. Juezas Dras. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE** por análogos fundamentos votan en igual sentido.

A la **SEGUNDA CUESTION**, el Sr. Juez **Dr. Martín Miguel MORALES** dijo:

Visto las actuaciones que han sido remitidas a esta Cámara y los argumentos expuestos por el Sr. Defensor del fuero especializado en el presente recurso, adelanto mi opinión respecto a la confirmación de lo resuelto por el Sr. Juez de Garantías Juvenil a fs. 882/894 en cuanto hace lugar sólo parcialmente al planteo de nulidad esgrimido, declarándola sobre las actuaciones de fs. 05.-

Ello así, por cuanto no se advierte la existencia de otros vicios o defectos en el acta inicial que merezcan la sanción de nulidad de orden general impetrada.-

La intervención de esta Alzada encuentra sustento legal a tenor del 421,424 del C.P.P. en concordancia con los arts. 59 y 60 de la ley 13.634, y por imperio de los arts. 434 y 435 del mismo cuerpo normativo, la competencia revisora debe circunscribirse a los agravios patentizados por el letrado defensor en el líbelo recursivo de fs. 893vta./894 y en la audiencia de ampliación por ante este Cuerpo (ver fs. 900/901).-

Denota el planteo defensista una clara tergiversación de aquello que es sancionado con la nulidad de los actos, por violación a alguna norma procesal o constitucional, al interpretar que es aplicable a todo el acta de procedimiento inicial (ver fs. 1/05) y extensivo a todo el proceso, el vicio relativo a la incorporación en la misma del código de desbloqueo del aparato celular -*producto de una manifestación del joven*- que derivara en su nulidad parcial, de acuerdo a la particular situación que se da en los presentes actuados.-

En efecto, en concordancia con el magistrado de primera instancia, en autos corresponde distinguir la legalidad del procedimiento policial que diera inicio a las actuaciones contra el encartado y secuestro de



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

objetos; de la incorporación de un dato de prueba, cuyo medio de inclusión al proceso violento una garantía constitucional.-

Así, a esta altura, no existe controversia que la incorporación en el acta de procedimiento inicial de fs. 1/5 del código de desbloqueo de los aparatos celulares secuestrados constituya un vicio que mereciera la declaración de nulidad a tenor del art. 38 de la ley 13.634 de la constancia de fs. 5, tal y como lo efectuara el a quo; sin perjuicio de lo cual, de manera alguna puede inferirse que dicho defecto alcance para decretar la nulidad de todos los actos documentados en la misma, aún con alcance retroactivo.-

La pretensión defensista excede con creces los alcances de la declaración de nulidad y sus efectos, ya que no ha acreditado con elemento alguno que el procedimiento policial que derivara en la requisita del joven N.N. y del otro sujeto como así también en el secuestro de los aparatos celulares, la motocicleta, el dinero y la sustancia estupefaciente, se encuentre viciado.-

Más allá de las elucubraciones e hipótesis trazadas por la Defensa, lo cierto es que los hechos que se consignara en el acta de procedimiento : "el día 08 de enero de 2020, siendo las 15.40 horas aproximadamente, en circunstancias en que personal policial perteneciente a Unidad de Policía de Prevención Local, se encontraba recorriendo la jurisdicción en un móvil oficial, observan un ciclomotor en que se conducían dos jóvenes, los cuales circulaban por Bvrd.. Irigoyen y al llegar a calle Joaquín Menéndez de la ciudad de Pergamino, habiendo observado la presencia del móvil, giran por la mencionada arteria y emprenden huida en dirección al Arroyo Pergamino, motivo por el cual se inicia una persecución con las medidas de seguridad y alarma en el patrullero, dándoles alcance en calle Joaquin Menéndez y Zeballos, identificando a los ocupantes del rodado como N.N. de 16 años de edad quien iba de acompañante y N.N., de 19 años de edad, quien conducía el rodado una Motomel Biz de color azul, dominio A095ASN. Verificada por radio estación si los jóvenes o el rodado tenían impedimento legal para circular, con resultado negativo para ambos y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

el rodado, por lo que debido a la actitud de los jóvenes y en especial la huida emprendida ante la presencia policial, se les realiza un cacheo en presencia de un testigo hábil, a fin de descartar que llevasen elementos de procedencia ilícita, es así que quien conducía la moto, o sea el joven Narvaez, no portaba ningún elemento extraño, en cambio el joven N.N., llevaba consigo mas precisamente en el bolsillo derecho trasero del pantalón, seis envoltorios de marihuana fraccionados en envoltorios de nylon de distintos colores y pesajes y en el bolsillo trasero izquierdo, la suma de tres mil trescientos pesos en billetes de baja y media denominación, procediéndose al secuestro de los teléfonos celulares de ambos sujetos, siendo uno marca Huawei y el restante Motorola, elementos todos secuestrados de urgencia, y el rodado en cuestión, remitido al corralón municipal por carecer de documentación, siendo también aprehendidos los dos jóvenes y trasladados a dependencias policiales el mayor de edad y al centro de Contención de Menores al menor de edad".(sic), fueron corroborados por el testigo de actuación de fs. 06/vta., por la declaración testimonial de Narvaez de fs.42/45 y de fs.81/83 donde establece un croquis dando detalles de momentos previos; declaración testimonial de personal policial de fs. 79/80 y de fs. 764/5.-

Sentado lo expuesto, entiendo que los planteos defensistas tendientes a extender los efectos que el vicio relativo a la transcripción del código de desbloqueo del aparato celular hacia todo el procedimiento, aún a los actos precedentes, como son la interceptación vehicular, la identificación y requisa que derivara en el secuestro de los aparatos celulares no encuentra asidero en las constancias de la causa.

Menos aún la inferencia de una extralimitación del personal policial sobre la humanidad de ambos ciudadanos que hoy alega el Dr. Vidal como argumento, en tanto se destaca como dato de interés que a fs. 11 y 12 obran los exámenes médicos de ambos sujetos al momento de su aprehensión, *surgiendo de respecto del joven N.N. que presentaba el día del hecho una cicatriz por lesión en región infra escapular izquierda y en hombro*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

izquierdo (lesiones leves) que databan de una semana de evolución al momento del exámen.

En atención al desarrollo de los hechos consignados en el acta mencionada, y corroborados luego, cabe concluir que el accionar policial (*por fuera del mentado código de desbloqueo que ha sido anulado*) se encuentra comprendido en lo normado por el art.294 inc.5º del C.P.P. y no ha existido por parte de los funcionarios afectación de los derechos constitucionales a que hace mención el impugnante desde que ajustaron su conducta a la normativa vigente.-

La circunstancia de tiempo y lugar en orden a la visualización por parte de efectivos de los ciclomotores, es el único extremo que al presente cuenta con dos versiones disímiles y que en el particular no conllevan mérito suficiente -*dada la etapa procesal en la cual nos encontramos*- como para otorgar prevalencia a una por sobre la otra. Claramente dicho extremo no comporta un vicio que permita decretar la nulidad con el alcance que pretende el recurrente.-

Sin embargo, vale aclarar que resulta acreditado en autos que ante la aparición y visualización de un patrullero por la calle donde se encontraba el imputado junto a terceras personas, emprenden la huida a bordo de las respectivas motocicletas, a gran velocidad, lo que motivara la persecución policial, interceptación y posterior requisita (resultando este acto no cuestionado por la Defensa particular).-

Al respecto se ha expedido la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en la causa Nº 78.003 "... *De todo esto se sigue que si la diligencia policial no es arbitraria, es decir que no responde al capricho de un determinado funcionario policial y tiene motivación suficiente, y si en el caso la obtención de la orden judicial únicamente hubiese implicado prolongar una restricción que de todos modos resulta justificada por motivos de urgencia, al menos en los supuestos de requisas y secuestros, la licitud del procedimiento, en términos constitucionales, queda fuera de toda discusión, admitiendo solamente*



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

planteos de índole formal que no conducen a la exclusión de sus resultados como elementos de prueba (arts. 201, segundo párrafo, y 206, CPP). En el caso de autos, en lo que respecta al primero de los requisitos que es común a las diligencias de requisa y secuestro, que es el de motivación suficiente (arts. 219, 226 y 293 inc. 5º, CPP), no es posible afirmar que el obrar de los funcionarios policiales haya sido arbitrario. Tanto la requisa como el secuestro no requieren probatoriamente un estándar de certeza acerca de la existencia o la vinculación de ciertos objetos con un delito, sino tan sólo una sospecha fundada. Solamente se requiere que el funcionario policial o quien lleve a cabo la restricción de derechos con fines preventivos o investigativos no actúen por mero capricho, discriminación o abuso. Esta exigencia de motivación debe ser lo suficientemente estricta para evitar un ejercicio arbitrario de las facultades de requisa o secuestro, pero también lo suficientemente flexible para permitir la prevención e investigación de los delitos. Todo se resume, a fin de cuentas, en un análisis acerca de la razonabilidad del obrar del funcionario interviniendo, tomando como base el panorama completo de los hechos. ... Por tales razones, corresponde considerar que en el caso existían motivos bastantes para llevar a cabo la requisa, en las condiciones ya reseñadas, como así también razones suficientes para prescindir de la previa orden judicial. En consecuencia, considero que el accionar policial cuestionado deviene legítimo y respetuoso de las garantías constitucionales (arts. 225, 226, y 294 inc. 5 del C.P.P. y 18 de la C.N). ...".-

Al respecto deviene necesario recordar que "en el marco de la labor de prevención general de delitos el legislador provincial ha considerado pertinente otorgar atribuciones específicas a las agencias policiales para la realización de operativos públicos de control, esas facultades -como toda autorización para el uso de la fuerza del Estado- obviamente están sujetas a las limitaciones propias de las formas del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.-

De este modo, se impone el adecuado equilibrio entre las



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

medidas conducentes a los fines de garantizar la seguridad pública (CADH: 22.3 y 4; PIDCP: 12.3; ley 12154: 2; ley 13482: 13.a) y la preservación de las libertades individuales.

En concreto, la regulación de aquellas atribuciones; contempla una serie de exigencias normativizadas (CPP: 294 inc. 5) como modo de satisfacer el requisito de legalidad demandado en el ordenamiento internacional para la legítima limitación a la libre circulación de los ciudadanos y la eventual afectación a su intimidad personal (CN: 18; CADH: 22.3; PIDCP: 12.3).-

En síntesis, teniendo en consideración los estándares normativos exigibles y lo actuado en concreto surge que en el caso en estudio y más allá de lo invalidado, no se advierten otros vicios en el procedimiento que merezcan la declaración de nulidad pretendida.-

Asimismo, corresponde memorar que el Cuerpo que integro se ha pronunciado reiteradamente en relación a los planteos de nulidad. En efecto, debe recordarse que sólo cuando surja *algún vicio, defecto u omisión que haya privado a quien lo invoca del ejercicio de alguna facultad*, afectándose de manera cierta la garantía de defensa en juicio, se produce una situación de indefensión que legitima la declaración de nulidad.

No advierto la presencia de tales supuestos en el caso de marras, más allá de lo ya declarado en primera instancia.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido 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 práctica, 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 otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

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" (S.C.B.66.XXXIV- "B.,G.O.s/defraudación" rta.27/06/2002).-

Finalmente, y en lo relativo a la eventual nulidadificación por aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado derivada de la obtención ilegítima del código de desbloqueo por parte de personal policial, y la inferencia de que la Fiscalía habría tenido acceso al contenido con anterioridad a la pericia de fs. 73/78; tampoco ha de tener favorable acogida, no existiendo prueba alguna de este segundo supuesto que señala la Defensa, quien por otra parte no ha cuestionado siquiera la cadena de custodia del aparato en cuestión.-

En tanto existe y ha sido acreditado un carril independiente de prueba - *la pericia informática forense efectuada con anuencia de la Defensa sobre el celular secuestrado de fs. 73/78-* donde expresamente se consigna que se extrae la información sin necesidad de contar con el código de desbloqueo, siempre y cuando exista la posibilidad de vinculación técnica de los dispositivos a analizar; el planteo Defensista deviene huérfano de sustento y no ha de tener favorable acogida.-

En función de los argumentos reseñados, entiendo que la resolución de primera instancia luce ajustada a derecho y debe ser confirmada.-

A la misma cuestión, la Dra. Monica GURIDI dijo

Debo discrepar con el voto precedente de mi colega, en razón de los argumentos que expondré a continuación.

1.-Se inician las actuaciones, y así lo reflejan las distintas resoluciones, justificando el procedimiento policial, en virtud que "**el día 08 de enero de 2020, siendo las 15.40 horas aproximadamente, en circunstancias en que personal policial perteneciente a Unidad de Policía de Prevención Local, se encontraba recorriendo la jurisdicción en un móvil oficial, observan un ciclomotor en que se conducían dos**



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

jóvenes, los cuales circulaban por Bvrd. Irigoyen y al llegar a calle Joaquín Menéndez de la ciudad de Pergamino, habiendo observado la presencia del móvil, giran por la mencionada arteria y emprenden huida en dirección al Arroyo Pergamino, motivo por el cual se inicia una persecución con las medidas de seguridad y alarma en el patrullero, dándoles alcance en calle Joaquin Menéndez y Zeballos, identificando a los ocupantes del rodado como N.N. de 16 años de edad quien iba de acompañante y N.N., de 19 años de edad, quien conducía el rodado una Motomel Biz de color azul, dominio A095ASN."

Ahora bien, el sujeto mayor de edad, N.N., declaró en calidad de testigo el día 9 de enero del 2020, a las 9:56,36, -no registrada SIMP-, que ese día estaba con N.N. y otras personas en la plaza EVA Perón de la ciudad de Pergamino y en circunstancias que ven un patrullero que pasó por calle Mar del Plata, donde ellos estaban, se va con N.N. por la misma arteria, tomando calle Mar del Plata e ingresando al Paseo Belgrano. Que en ese lugar es donde tenían el patrullero atrás, se sintió muy mal y frenó y los hicieron bajar de la moto.

Se constata a través de los dichos del testigo una expuesta contradicción con el acta de procedimiento, en relación al lugar de circulación de los ocupantes de la moto, y la supuesta maniobra de "huída" en dirección al arroyo, circunstancias que fueron utilizadas para justificar la interceptación, identificación y hasta la requisa sin orden judicial de un menor de 16 y un mayor de edad.

LLamado que fuera a prestar declaración testimonial -ver fs. 79/80-, el día 13 de Enero de año 2020, Mauricio Fernández -quien suscribe el acta de mención, MANIFIESTA: "Que resulta ser empleado policía con jerarquía de Oficial, cumpliendo funciones en policía local. Se le lee el acta de procedimiento inicial y expresa que la misma fue confeccionada por el Oficial de servicio, por lo que el dicente y su compañero le relataron vía telefónica, ya que estaban con los aprehendidos y secuestros realizados. Esta es la forma como



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

habitualmente se trabaja, o sea le relatan el procedimiento y el Oficial escribe. Respecto al hecho, expresa que ese día circulaban junto a su compañero en un móvil identificable por Av. Irigoyen hacia el cruce de caminos, circulaban despacito y al llegar a Mar del Plata, ven que venían dos chicos como para la Av. y al observar al móvil policial, giran en U y emprenden huida por la misma calle hacia el arroyo, ante esta actitud, el dicente que era el conductor del móvil decide tomar por la primer arteria que vaya hacia esa zona siendo posiblemente Ecuador y comienzan a buscarlos, observándolos nuevamente en la entrada a la nueva unión entre el barrio Villa Progreso y Joaquín Menéndez, o sea la calle recientemente inaugurada, el dicente tenía las balizas encendidas y pone la sirena para que se detengan, no pararon enseguida pero a los cien metros mas o menos frenaron y allí los aprehenden, en Joaquin Menendez y Zeballos. Que esto ocurrió enseguida, desde que los ven la primera vez y hasta que los aprehenden no pasaron mas de un par de minutos... El único móvil que intervino en el procedimiento es el que manejaba el suscripto. Que por la plaza de villa Progreso que esta en calle Mar del Plata no pasaron nunca ese día".

El mismo día los 13 de Enero de año 2020, comparece en la sede de esta Fiscalía ante el Dr. Horacio Oldani, LUCIO PERROTTA, quien **MANIFIESTA:** "Que resulta ser empleado policía con jerarquía de Oficial, cumpliendo funciones en policía local. Se le lee el acta de procedimiento inicial y expresa que la misma fue confeccionada por el Oficial de servicio, por lo que el dicente y su compañero le relataron vía telefónica, ya que estaban con los aprehendidos y secuestros realizados. Esta es la forma como habitualmente se trabaja, o sea le relatan el procedimiento y el Oficial escribe. Lo que consta en el acta es todo cierto, salvo como fue que divisan a los chicos aprehendidos. Respecto al hecho, expresa que ese día circulaban junto a su compañero Mauricio Fernandez, quien manejaba el móvil identificable,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

tipo camioneta Toyota HILUX, nro. 25852 por Av. Irigoyen hacia el cruce de caminos, iban despacito, en recorrida y al llegar a Mar del Plata, ambos ven que venían dos chicos por esa arteria en una moto, como para el lado de la avenida, al lado circulaba otra moto con un solo ocupante, que estaba de remera negra o en cuero, la moto era tipo Titan de esas 125 c.c., y al observar al móvil policial, ambos giran en U y emprenden huida por la misma calle hacia el arroyo, ante esta actitud, de los motociclistas su compañero decide tomar por la primer arteria que vaya hacia esa zona siendo esta Ecuador y comienzan a buscarlos, cuando van llegando a V. Campos, se los encuentran de nuevo, la otra moto del que iba solo había huido cuando fugo por Mar Del Plata y no lo vieron mas y esta moto de menor porte con los dos ocupantes, doblan y toman por la calle nueva del parque Belgrano, la unión entre el barrio Villa Progreso y Joaquin Menendez, el móvil tenía las balizas encendidas y su compañero pone las sirenas para que se detengan, siguieron, cruzaron todo el parque Belgrano y los seguían a mediana velocidad de cerquita, ahí cuando toman J. Menendez, doblan hacia el lado del Arroyo, hacen una cuadra mas y se detienen frente al comando de patrullas. El único móvil que intervino en el procedimiento era el que andaban el deponente y su compañero. Que por la plaza de villa Progreso no pasaron nunca ese día, seguro ha sido otro móvil, el que patrullaba esa zona".

Debo resaltar en primer término que esta última declaración recién fue agregada a la I.P.P. a fs. 764/5, pese a haber sido recibida el mismo día que Fernandez, y señalar que encuentro sustanciales contradicciones respecto al acta de procedimiento e incongruencias fácticas en lo expuesto por el personal policial.

En el acta de fs. 1/2, los policías firmantes refieren una situación de hecho absolutamente distinta a la expuesta en las testimoniales transcriptas, para justificar la interceptación en la vía pública, en horas de la tarde, durante el período estival, de un menor y un mayor de edad, a los



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

fines de identificación de personas y rodado en el que se trasladaban y lo que es más grave, la requisita y secuestro sin orden judicial de los elementos que detentaban.

Basta leer lo declarado para advertir que ni el "perseguido", ahora testigo Narvaez, ni los policías sostienen que los ciudadanos se desplazaban por la Avda. H Irigoyen, donde los funcionarios debían hacer la tarea de prevención, como lo reflejan en el acta de procedimiento.

El "testigo" Narvaez, refiere que circularon por Mar del Plata y doblaron a la izquierda en Somoza, para ingresar al paseo Belgrano, y si bien se van de la plaza Eva Perón cuando ven pasar un patrullero, cuando aparece otro a la altura del paseo Belgrano, no trata de fugarse, estacionando cuando termina el recorrido frente al Comando de Patrullas.

Claramente marca el recorrido efectuado en su declaración y croquis de fs. 81/3.

En relación a este punto, los funcionarios policiales cambian las circunstancias descriptas en el acta . Así Fernandez expresa que pudo ver cuando los de la moto venían por Mar del Plata, y doblan en U hacia el arroyo, lo sigue por la calle en la que pudo doblar y enseguida logran alcanzarlos, mientras que Perrota refiere un relato en principio "textual" pero describe un derrotero de persecución que no se corresponde con el de su compañero que afirmó que: *"desde que lo ven la primera vez y hasta que lo aprehenden, no pasaron más de un par de minutos"*.

De lo expuesto, cabe concluir que los funcionarios suscribieron el acta de procedimiento de fs. 1/2, volcando mendazmente, como lo reconoce Perrota :**"Lo que consta en el acta es todo cierto, salvo como fue que divisán a los chicos aprehendidos"**, que vieron una situación de huída de los ocupantes de la moto ante su presencia cuantos circulaban por la Avda. Irigoyen y las vías, en sentido contrario a los que ellos tenían.

Entiendo que la nueva versión de los funcionarios policiales tampoco se compadece con la circunstancia de lugar, en tanto no existe posibilidad fáctica de observar, desde la Avda. Irigoyen y Mar del Plata,



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

como afirman ahora, la supuesta maniobra sobre calle Mar del Plata, cuando es constatable con sólo transitar la avenida, que la arteria posee una elevación en la primera cuadra, que impide la visualización mucho más allá de la misma, y menos con el detalle y precisa descripción de los ocupantes de otra moto, a la que nunca se había hecho referencia hasta la declaración de Narvaez.

No habiendo intervenido otro patrullero más que en el que ellos circulaban en la interceptación de los ciudadanos y en tanto Fernandez y Perrota negaron haber pasado por la plaza Eva Perón, se debe concluir que el relato del testigo N.N., luce veraz en punto a que cuando se percató que había un patrullero detrás suyo, ya estaba en el Paseo Belgrano, no ofreció resistencia y estacionó frente al Comando.

El contenido falso sobre un extremo que hace a nada menos que a la justificación inicial del procedimiento policial, resulta suficiente para impugnar por falsedad ideológica el acta como documento que dá fe de los actos públicos, pero más grave aún, desde el punto de vista de la violación de derechos constitucionales de las personas, observo que sin detentar impedimento alguno según la misma acta, ni los sujetos interceptados ni la moto que conducía el ciudadano mayor de edad, la posterior requisada de las personas sin orden judicial, no resultó necesaria, razonable ni justificada de acuerdo a las circunstancias.

Aún cuando resultara cierta la improbada maniobra en "U" o la "huída" sostenida por los funcionarios estatales, en el horario y época del año que se describen -miércoles 8 de enero , a las 15,40 hs. -aunque en el acta de procedimiento luce diciembre 2019-, con cientos de personas circulando en motos, sin documentación ni cascos, con temor a que le secuestren los rodados como temía N.N., no es fundado sostener que los ciudadanos ya identificados y sin impedimento alguno según consta en acta, ocultaban elementos provenientes de un delito, o que se encontraran ante una situación de urgencia que les impidiera requerir una orden judicial para proceder a la requisada de personas.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Los propios policías manifestaron que el mayor casi lloraba, el menor estaba tranquilo y ninguno ejerció resistencia.

En virtud de lo expuesto y como ya me he expedido -recientemente causa N° 5759 y 6039-, entiendo que no se trata de una nulidad formal, sino de aquéllas, que por la afectación de derechos constitucionales, amerita se valore bajo el tamiz federal.

A partir de la requisita practicada sobre la persona, por la autoridad policial actuante sin la debida orden judicial y sin vislumbrarse ni alegarse razones de urgencia que ameriten la intromisión en la esfera de privacidad de un ciudadano, debe decretarse la nulidad del procedimiento y los actos que son su consecuencia.

Ello así, en razón que la requisita plasmada en el acta de fs. 12 violenta lo normado en los arts. 18, 75 inc. 22) de la C.N. y 15, 16 y 57 de la Constitución Prov. Bs.As., y arts. 201, 203, 204 y 294 inc. 5) en función de lo dispuesto por el art. 225 del C.P.P.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido 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 práctica, 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 otro 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"* (S.C.B. 66.XXI -"B.,G.O.s/ defraudación", 27/06/2002).-

Es por ello que debe verificarse *en concreto*, si existieron circunstancias objetivas, reflejadas en conductas o actos del individuo



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

plasmadas en el acta inicial, que demuestren la necesidad de proceder a la requisa personal, sin la correspondiente orden judicial.

Las circunstancias fácticas individualizadas, no justifican el procedimiento, por lo que no se encuentra fundada, acreditada o plasmada objetivamente en el acta cabeza de actuaciones, alguna conducta que legitime el accionar policial. No existió causa suficiente y menos aún aparece plasmada la situación de urgencia necesaria para conculcar derechos constitucionales.-

No puede soslayarse, sin admitir estándares de abuso funcional, que la conducta asumida por los preventores fue excesiva y antinformativa, ya que lo plasmado en el acta resulta arbitrario y no puede fundar razonablemente el acto policial de injerencia en la persona del ciudadano y de los bienes.-

Debemos preguntarnos, luego de la identificación y sin que se hubiera constatado impedimento alguno, ¿qué motivos suficientes existieron para presumir que N.N. y N.N. ocultaban cosas relacionadas con un delito?. Cuál la urgencia que los compelía? Asimismo dichos motivos objetivos de la realidad debieron existir antes de intervenir, para proceder -como se hizo- a requisar a un menor y un joven detenidos en la vía pública y sin orden judicial.-

Ya me he expedido en el sentido que no existe justificación cuando ni un juez habilitaría tamaña avasallamiento de derechos si ex ante se le hubiera requerido una orden legal.

En este orden es insoslayable señalar que hasta cuando se trata de un "operativo público de control motivado en políticas tendientes a la prevención de delitos" (art. 294 inc. 5) seg. párr. C.P.P.) - que no es el presente caso-, el mismo posee las restricciones constitucionales que preservan los derechos de los ciudadanos .-

El art. 294 inc. 5) autoriza a los funcionarios policiales a practicar "requisas urgentes con arreglo al art. 225 CPP. Y éste faculta a los jueces a ordenar requisas urgentes "mediante decreto fundado, siempre que



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

haya motivos para presumir que (una persona) oculta en su cuerpo cosas relacionados con un delito".-

La garantía determina que incluso en las requisas urgentes (o sea, aquellas que no pueden esperar la orden judicial) deben estar de todas maneras precedidas de los mismos recaudos que gobiernan aquellas ordenadas por la autoridad judicial, ya que no resultaría razonable que se le otorgue a los funcionarios policiales mayores facultades que los que rigen respecto de los propios magistrados.-

De allí que los procedimientos prevencionales deben analizarse considerando la razonabilidad del acto plasmado, siendo necesario que los policías identifiquen y describan con precisión las referidas circunstancias objetivas que los hicieron presumir la existencia de un estado de sospecha o la inminencia de un ilícito penal.-

Así lo entendió el Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs.As., en causa "**Balverdi, Ulises Jesús s/Recurso de casación**" Sala I, fallo del 08/09/2016, causa nº 75.895.-

En el mismo el máximo tribunal provincial estableció que "... *De modo que en el sub judice no existían signos exteriores, objetivamente apreciables o circunstancias que razonablemente justifiquen o puedan explicar satisfactoriamente los motivos por los cuales se actuó sobre Ulises Balverdi. La Constitución Nacional establece en su art. 18 la garantía de toda persona de no ser detenida sin una orden de autoridad competente que así lo disponga, lo cual no es otra cosa que la existencia de una orden jurisdiccional que ordene concreta y fundadamente la privación de la libertad de una persona contra la que pesa una imputación delictiva y en el marco de un proceso penal. De igual modo, se expresa el art. 16 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. También nuestra Ley Fundamental ha reconocido el derecho de toda persona a no sufrir injerencias arbitrarias (arts. 75 inc. 22º C.N.; 11.2 y 3 C.A.D.H.; 17.1 y 2 P.I.D.C.P.), lo cual no puede ser soslayado cuando se dispone la interceptación y requisa de un ciudadano sin una orden expedida por la autoridad judicial a tales fines.*



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Como tiene dicho la Corte Europea de Derechos Humanos, la sospecha será razonable cuando la existencia de hechos o información hagan suponer a “un observador objetivo que la persona involucrada pueda haber cometido el delito” (“Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom”, sent. 30/08/1990, y “Cebotari v. Moldova”, sent. 13/11/2007), criterio que hemos acogido en la causa nº 57.515, “Maciel, Martín José”. De allí que la búsqueda de la verdad histórica posea limitaciones en los derechos y garantías de la persona, para cuya afectación la ley procesal regula toda una suerte de reaseguros y procedimientos. La ejecución de las requisas y registros por los miembros de la fuerza policial para los casos de urgencia encuentran su regulación expresa en el Código Procesal Penal en el artículo 294. Todo debidamente instrumentado mediante acta para permitir el control jurisdiccional posterior, y para su ejecución, los funcionarios policiales, además de cumplir acabadamente la ley ritual bonaerense, deben adecuar su actuación “estrictamente al principio de razonabilidad, evitando todo tipo de actuación abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral contra las personas” (art. 9, ley 13.482 de Unificación de las Normas de Organización de las Policías de la Provincia de Buenos Aires). Como en reiteradas oportunidades se ha explicado desde esta Sala, el “olfato policial” no es suficiente a los fines de una injerencia estatal de tamaña magnitud, sin que se mude originaria la ilegitimidad del accionar del personal policial por el hecho de que, como su directa consecuencia, la requisa haya obtenido un resultado positivo (causa nº 57.515, “Maciel, Martín José”, del registro de esta Sala conforme su anterior integración). El espurio proceder inicial invalida toda la actuación posterior (causas nº 58.142, “Lucero, Carlos Fabián”, cit.; nº 58.263, “Bareiro Quiroz, Pedro José”, entre otras). Es de destacar que la solución propiciada recorre la senda establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Peralta Cano, Mauricio E.” (P. 1666 XLI, sent. 3/5/2007), cuyos fundamentos hago míos. Y tal como se puso de manifiesto en dicho fallo, retomando los lineamientos impuestos en “Daray, Carlos A.” de ninguna manera se avizoran en autos



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

"circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional", o que en virtud de las "circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de (alguna) persona". Deviene, por consiguiente, inválido todo lo actuado a partir del espurio procedimiento policial (arts. 203 y 207 C.P.P)".-

El Derecho de circulación y residencia (art. 22 de la CADH) ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia, como un "precioso derecho individual e importante elemento de libertad" (CSJN, Fallos 307:1430, "Olmos"). En el punto destaca que como excepción reglamentaria las fuerzas policiales se encuentran autorizadas a prescindir de la orden judicial en casos de flagrancia o cuando las leyes lo habilitan. Mencionan que el artículo 15 de la ley 13.482 de la Policía de la Pcia. De Buenos Aires dispone que el personal policial está facultado para limitar la libertad de las personas únicamente en los siguientes casos: A) En cumplimiento de orden emanada de autoridad judicial competente. B) Cuando se trate de alguno de los supuestos prescriptos por el Código Procesal Penal o la ley contravencional de aplicación al caso. C) Cuando sea necesario conocer su identidad, en circunstancias que razonablemente lo justifiquen, y se niegue a identificarse o no tiene la documentación que la acredita. Notificándose las mismas en forma inmediata a la autoridad judicial. Sintetizan que la actuación policial por averiguación de identidad se asienta en tres pilares: a. Necesidad. b. Razonabilidad. c. Circunstancias que lo justifiquen. En el fallo citado destacan que la razonabilidad excluye todas aquellas restricciones que cabe calificar como arbitrarias o caprichosas, como las que son ineficaces o innecesarias para alcanzar los fines de interés general, o aquellas que se traduzcan en el hostigamiento u opresión de un individuo, correspondiendo al poder judicial dejar sin efecto esas limitaciones.-

En el fallo "Fernández Prieto" (CSJN Fallos: 321:2947), el Dr. Petracchi en su voto señaló que el control judicial es la vía que ha de garantizar al ciudadano frente a toda actuación estatal injustificada.-



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

En el caso "Daray" (Fallos: 317:1985, 22/12/1994, se estableció que para la suprimir garantías de un ciudadano se requiere que estén reunidas las circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención, que esta se sustente en una causa razonable que permita fundamentar que es lícito que un habitante deba tolerar dicha medida.-

En autos "Peralta Cano" (causa P.1666.XLI), se argumentó que la policía históricamente ha justificado por el llamado estado de sospecha su accionar. La Corte sostuvo que la pura subjetividad es el extremo opuesto de los elementos objetivos razonables exigidos por el art. 15 inc. "c" de la ley 13.482 para que cualquier intervención policial de identificación resulte válida y legítima. Todas las apreciaciones o valoraciones personales que no se correspondan con hechos comprobables habrán de caer en el ámbito de la subjetividad y, por lo tanto, en un derecho penal de autor que es incompatible con el derecho penal de acto que debe orientar cualquier intervención policial y judicial en un estado Constitucional de Derecho (CN 18 y 19).-

El Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires, Sala I, en fecha 10-12-2013 -MJ-JU-M-83412-AR - MJJ83412, resolvió, abriendo la queja por apelación denegada, respecto a que la persecución, aprehensión y requisita personal, por parte de la policía, de dos personas que circulaban en moto en horas de la tarde por una zona poblada, que dicha intervención no puede sustentarse únicamente mediante "su actitud sospechosa", sin testigos y ni tan siquiera el hecho de haberles secuestrado un arma de fuego, justifica tal accionar policial. En dicho fallo el Dr. Carral expresó que: "para justificar el actuar policial sin orden judicial, deben verificarse en concreto circunstancia objetivas, reflejadas en conductas o actos del individuo, que demuestren la necesidad de proceder. Con lo cual, la sola mención a una actitud sospechosa, estado de nerviosismo, mirada esquiva o huidiza, y menos aún, actitud llamativa, pueden fundar razonablemente este acto policial de injerencia en la persona de un ciudadano. Para comprobar la razonabilidad del acto plasmado en el acta prevencional, es necesario que



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

los policías identifiquen y describan con precisión las referidas circunstancias objetivas que los hicieron presumir la existencia de un estado de sospecha o la inminencia de un ilícito penal. Lo contrario transluciría un estado de sospecha fundado en meras subjetividades del funcionario policial, que tornaría inútil toda revisión y control por parte de los jueces ...".

Por último debe señalarse que en el caso en tratamiento no existe una fuente independiente con la que suprimiendo hipotéticamente la requisita ilegal que luce en el acta cuestionada, se pueda igualmente arribar a sus consecuencias, lo cual da sustento a la nulidad absoluta que reclama el recurrente y la exclusión probatoria pretendida.-

Por todo lo expuesto entiendo que el acta inicial de procedimiento de fs. 1/2, violenta las garantías constitucionales y el debido procesal legal.-

Tal como prevé el legislador provincial en los arts. 203, 207 y 211, ese efecto fulminante debe ampliarse a aquellos actos en los cuales posea consecuencia lógica, tal lo doctrina establecida por la C.S.J.N. en los renombrados fallos "*Fiorentino*" y "*Montenegro*", ya que aceptar prueba obtenida en violación a garantías constitucionales equivale a otorgar valor al resultado de un delito y a comprometer la buena administración de justicia (en forma primigenia cfr. Corte Suprema in re "*Charles Hermanos*", publicado en Fallos 46:36 y luego en "*Rayford*" en L.L. 1986-C 396,etc.).-

Que conforme a lo expuesto, no constatándose los requisitos de necesidad, razonabilidad y circunstancias que justificaran el accionar policial, se impone declarar la nulidad de la requisita volcada en el acta de procedimiento de fs. 1/2 y de los actos que son su consecuencia; conforme lo establecen los arts. 203, 207 y 211 del C.P.P.-

En consecuencia debe acogerse el planteo de nulidad traído a tratamiento y revocar la resolución impugnada (Arts. 106, 201, 203, 225, 294 inc. 5), 421, 439, 441, 443 y ccs. del CPP, y art. 18 C.N.).-

Así lo voto.-

2.- Ahora bien y teniendo en cuenta que la nulidad



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

precedentemente sostenida puede no ser acompañada por mis colegas, debo expedirme asimismo en relación a lo actuado una vez que el personal policial tenía en su poder los teléfonos secuestrados provenientes de la requisita y con la información de desbloqueo de clave aportada por los ciudadanos cuando se encontraban detenidos.

Tal conducta motivó la correcta declaración de nulidad por parte del magistrado de primera instancia, en virtud de resultar autoincriminatoria y en razón que no se puede presumir la existencia de consentimiento, cuando el aporte proviene de personas detenidas o restringidas de cualquier modo en sus derechos constitucionales, cierto es que entiendo , tal lo reflejan los argumentos del Sr. Defensor, que los teléfonos fueron abiertos sin orden judicial, con las claves aportadas por los detenidos y que asimismo se ha violentado de este modo la cadena de custodia que debe preceder a la pericia informática de los teléfonos móviles. Si bien es cierto que no se cuenta con elementos de prueba directos -filmaciones, testigos, etc-, que acrediten ese proceder, los indicios plurales, analizados conjuntamente, llevan irremisiblemente a esa conclusión.

Así, a.- surge del acta que los policías se comunicaron con el Sr. Oficial de Instrucción del turno y recibieron la orden de aprehender a los ciudadanos y que se realice un acta de procedimiento bajo el sistema tradicional, es decir, sin cargarla al Sistema Informático de Denuncias y Actas de procedimiento cuando la policía actúa en los términos del art. 268 del C.P.P., como lo estipula el Convenio entre el Ministerio Público y el de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires , del mes de marzo del año 2018, y que rige para toda la provincia desde el 11 de noviembre del 2019 CPG Nro. 152/19.

b.- Más allá de la libertad de acción del Ministerio Público Fiscal, la imputación de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización se sostuvo preliminarmente y sin elemento objetivo que lo justifique, sólo sobre el menor de edad, cuando se le secuestraron 7 gramos -sin envoltorios- de marihuana de acuerdo a la pericia química.



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

c.- Se le realizó un allanamiento de urgencia en el domicilio del menor N.N. a las 19 hs. -fs. 57/63-, y no se adoptó el mismo temperamento respecto del mayor de edad, quien fuera propietario - la madre- y conductor de la moto que a decir de los funcionarios , emprendió la "huída" ante su presencia.

d.-El Fiscal actuante ordena sólo **la libertad de Narvaez - mayor de edad- a las 21:30 hs. del día 8 de enero del 2020 -fs. 23-**, cuando existían dos datos objetivos en ese momento de la investigación: I.- que esa persona mayor , mintió a la hora de su identificación, en punto a su nombre y documento -fs. 1/2 en relación al informe de Ferreyra de fs. 22. y II.- Que el único allanamiento ordenado, realizado a las 19 hs. en el domicilio de N.N. -fs. 57/63 -menor-, había dado negativo en punto a eventuales secuestros de objetos relacionados con estupefacientes - informado con anterioridad por el Sr. Instructor Ferreyra , tal luce a fs. 31-.

f.-A pesar del **allanamiento en el domicilio de N.N., con resultado negativo** respecto a estupefacientes (pastillas, marihuana, cocaína, etc.), marquillas, elementos para aumentar el peso o volumen de sustancias tóxicas (corte), balanzas, licuadoras para picar la marihuana, agendas, papeles relacionados con el delito investigado, teléfonos celulares, armas de fuego sin autorización de tenencia o portación, recortes de nylon u otro elemento de embalaje de estupefacientes, dinero en efectivo en billetes de baja y media nominación, **sin otro fundamento que detentar 9,3 gramos de marihuana (con envoltorio) y 3000 pesos**, el Fiscal requiere la detención , **a los 09 días del mes de Enero de año 2020 -01,00 hs,- respecto a N.N., por considerarlo probable autor penalmente responsable del suceso “prima facie” calificado como tenencia de estupefacientes con fines de comercialización (art. 5 inc. “c” ley 23.737). -Ver fs. 32/3/vta.-**

No se explica tamaña imputación en relación a un menor de 16 años, sin vinculación previa con el fuero de responsabilidad



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

penal juvenil, cuando es sabido el daño irreparable que la estigmatización puede producir en la persona y la vida de relación del joven.

En Reg:449 Folio:1527 en fecha 9/10/16 ya esta Cámara de Apelación y de Garantías en lo Penal del Departamento Judicial Pergamino, la I.P.P. n° 12-00-007293-16, ante el planteo de la defensa acerca de la invalidez del acta de fs. 42/44 y todos los actos que son su consecuencia, por la apertura del teléfono celular de su defendido por la fiscalía ya que no se encontraban autorizados por el juez, no siguiendo en definitiva el procedimiento marcado por el art. 228 del CPP.- en la línea trazada por tres fallos. El primero de la misma Cámara Penal dictado en causa n° 2362 "Rodriguez Nahuel" el 26/04/2013, el segundo dictado en causa n° 76.674 "Furlong, Héctor Estéban y otro" por la Sala IV del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs.As. el 18/08/2016, y el tercero en causa "Riley v.California" dictado por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos de América el 25/06/2014.-, se expidió: "*Lo cierto es que la actuación fiscal sobre el teléfono LG debe ser descalificada por fundarse en un exceso que no puede tener otra sanción que la nulidad.-Como mencionara el Sr. Defensor, el órgano que integro en oportunidad de resolver el recurso fiscal en I.P.P. n° 12-00-000512-13, que diera lugar a la causa n° 2362/2013, en donde el representante del Ministerio Público Fiscal pretendía la autorización para examinar la correspondencia electrónica (mensajes de texto) obrante en teléfonos secuestrados, se sostuvo que "es clara la norma procesal -art. 228 CPP- cuando en su segundo párrafo refiere que será el Juez quien procederá a la apertura de la correspondencia, determinando si el contenido de la misma tiene relación con el proceso, procediendo en consecuencia al secuestro de la misma o en caso contrario, dispondrá la entrega al destinatario, protegiendo de esta manera el derecho a la intimidad de la persona"..." Por lo expuesto entiendo que la actuación de la fiscalía, en cuanto a la apertura del teléfono celular sin respetar lo normado por el art. 228 CPP, con análisis de agenda, registro de llamadas y*



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

cualquier otro contenido, se asimila a la interceptación de la correspondencia privada, advirtiéndose afectada la defensa en juicio y el debido procesal legal como así también garantías constitucionales que resguardan la intimidad y la privacidad de las personas, siendo el acto llevado a cabo en infracción a las mismas, nulo de nulidad absoluta, debiendo decretarse la nulidad del acta de fs. 42/44 de la presente IPP y todos los actos que son su consecuencia (arts. 106, 201, 203, 228 del C.P.P.)."- (sic)

En causa 37443, en fecha 31/7/2018 , la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, declaró la nulidad de la requisada del celular y de todo lo actuado en consecuencia , por haberse excedido el personal policial en los límites que de actuación que la ley les fija: “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 . 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..”.

Telefonía celular. Papeles privados. Derecho a la intimidad El artículo 18 [de la Constitución Nacional 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. ...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



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

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. .. En definitiva, 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” (jueces Lucini y Laíño).

Va de suyo que la protección especial de los elementos informáticos está precedida de una historia doctrinal y jurisprudencial de preservación de las garantías que protegen la esfera íntima de la persona, que llevaron al Máximo Tribunal Nacional a reiterar hasta el hartazgo que :"nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, así como que sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior" (C.SJ.N., Fallos: 306:1892, 316:703).

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha insistido en que el poder del Estado para garantizar la seguridad y mantener el orden público no es ilimitado y que "su actuación está condicionada por el respeto de los derechos fundamentales de los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción y a la observación de los procedimientos conforme a Derecho [...] con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma" (Serie C N° 100, caso "Bulacio v. Argentina", del 18/09/03)

El desarrollo de las nuevas tecnologías obliga a la constante actualización en materia de derecho a la intimidad a fin de asegurar el derecho y en razón de ello la Corte Interamericana de Derechos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Humanos, en el caso "Escher contra Brasil" (del 06/07/09), sostuvo que el artículo 11 de la Convención, protege especialmente el contenido del material privado de los soportes informáticos.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó, en los casos "Malone" (02/08/84) y "Velázquez Contreras" (30/07/98.) desde que encuentran protección en el art. 8.1 C.E.D.H.

En sintonía con este bagaje jurisprudencial, la Corte de Justicia Nacional sostuvo que "las comunicaciones a las que se refiere la ley 25.873 y todo lo que los individuos resguardan o transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. A su vez, el art. 19 aclara que "la inviolabilidad de la correspondencia de telecomunicaciones importa la prohibición de abrir, sustraer, interceptar, interferir, cambiar su texto, desviar su curso, publicar, usar, tratar de conocer o facilitar que otra persona que no sea la titular del derecho o el destinatario conozca la existencia o el contenido de actos privados, el art. 30 C.A.D.H. prescribe restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes por razones de interés general...". "Sólo la ley puede justificar la intromisión en la vida privada de una persona, siempre que medie un interés superior" ("Gutheim", 15/04/93, Fallos 316:703 cons. 24; el énfasis me corresponde), postura refrendada en el citado precedente "Halabi" (24/04/09)

3.-Como se dijo corresponde declarar la Nulidad del Acta de la pericia informática por haberse abierto los teléfonos sin orden judicial previa , pero también corresponde aplicar la misma sanción por haberse violentado la cadena de custodia informática de los elementos secuestrados, desde que no se puede aseverar que el contenido de los celulares objeto de estudio, no resultara desde su secuestro, objeto de ediciones, hackeos y/o cualquier tipo de adulteración previa al examen.

Entiendo se trata asimismo de una nulidad de carácter absoluta, por ser de un acto irreproducible, irrepetible y definitivo, ya que el



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Defensor e imputado no podrán verificar con las garantías debidas y en la oportunidad que corresponde, si existió manipulación y las maniobras de introducción de información espuria que contaminaron la evidencia.

Así y más allá de mi convicción en punto a que los teléfonos fueron abiertos antes de la pericia, es objetivamente observable que tampoco fueron preservados los teléfonos desde su secuestro, como lo establecen los protocolos.

Es a fin de asegurar que los elementos lleguen al examen como se ha dicho "inmaculados", que se han establecido protocolos de pericias informáticas, que se deben respetar si se pretende invocarlas como prueba de cargo.

Así consta en :" Secretaría de Biblioteca y Jurisprudencia del Poder Judicial . Pericias informáticas sobre telefonía celular Laboratorio Pericial Informático PROTOCOLO Aprobado por Ac. 5024 pto. 4 (03-07-2013) Publicado: 02-08-2013 Autor: Dr. Leopoldo Sebastián GOMEZ, Abogado y Licenciado en Ciencias de la Computación, . Pericias sobre telefonía celular como parte de la especialidad de informática forense . El teléfono celular es una fuente de evidencia digital sobre la que aplican procedimientos operativos estándares (SOPS), al igual que en otras actividades periciales de informática forense... Protocolo de Actuación para Pericias Informáticas ("Del traslado y recepción del material secuestrado") 4. Determinar si el teléfono celular está encendido o apagado a. Si está apagado, debe quedar apagado b. Si está encendido debe ser aislado de la red de telefonía celular lo antes posible con la opción que se estime apropiada: i) Configurando el modo "Avión" en el teléfono celular, si lo permite ii) Colocándolo en una caja de Faraday iii) Encendiendo un inhibidor de señal en cercanía del teléfono celular iv) Enviviéndolo con tres o más capas de papel de aluminio v) Apagando el teléfono y retirando la batería "

La necesidad del seguimiento de estos protocolos también ha sido expuesto en : "La Forensia como Herramienta en la Pericia Informática Darío A. Piccirilli, Facultad Regional Buenos Aires. Universidad Tecnológica



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Nacional Facultad de Informática. Universidad Nacional de La Plata —Este documento contiene una descripción de los aportes que realiza la Forensia en Informática, contemplando las nuevas tecnologías que hoy día aplican en los procesos judiciales y que derivan en Pericias muy específicas y complicadas, tareas técnicas sobre las que no se puede generar ninguna duda en el tratamiento de la prueba. **Es decir, el proceso de generación de la prueba, desde el secuestro de la misma hasta el análisis pericial, debe ser indubitable, de manera tal que quien deba impartir justicia pueda contar con elementos claros, contundentes y útiles.** ...C.4. **Cadena de custodia de la prueba informática** Se debe analizar su existencia. Este es un procedimiento que muy pocas veces se aplica y que debe originarse en el primer contacto con la evidencia digital, generalmente durante el secuestro. Esta parte del protocolo es considerada como una simple formalidad, pero en realidad es de vital importancia llevar una especie de "historia clínica" de todos los pasos que se siguen con dicha evidencia. No debemos olvidar que muchas veces del momento que se accede a la prueba o evidencia digital hasta el momento que llega al perito informático, no sólo pasa un considerable tiempo, sino que pasa por distintas etapas (del allanamiento a la comisaría, de allí al juzgado, de allí al perito). D .Condiciones en que la prueba ha sido preservada: Al momento de recibir los elementos a peritar, se debe verificar si ha sido resguardada con franjas de secuestro, si ha sido sellada en todos sus puertos de acceso, entre otros aspectos"

A fin de resguardar la prueba legal en fecha 3 de julio del 2013, la Provincia de Neuquén aprobó el Protocolo de Pericias informáticas sobre telefonía celular. Plasmándose normativamente en el Protocolo de pericias sobre telefonía celular de la provincia de Neuquén -Ac.5024 pto. 4 publicado el 2 de agosto del 2013."

Por su parte la Provincia de Buenos Aires posee un Protocolo de actuación para pericias informáticas, vigente desde el mes de junio del año 2016 , "Protocolo de Actuación en Informática Forense basado en el Proceso



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Unificado de Recuperación de Información" ("PAIF-PURI") para ser adoptado por el Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires. Que ello se enmarca dentro del objetivo del Ministerio Público de actuar en defensa plena de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales (art.1 ley 14.442), en virtud de lo cual corresponde a la Procuración General fijar las políticas generales (art. 21 inc. 1 ley 14.442). Que entre los diversos objetivos del Ministerio Público, se encuentra la implementación de guías específicas o protocolos que brinden las pautas mínimas e indispensables para la eficacia de la realización de investigaciones que requieran especialización por su temática. Que resulta cada vez más frecuente la presencia de evidencia digital en las investigaciones penales como consecuencia del avance de las tecnologías, lo cual constituye en la actualidad uno de los mayores desafíos de las investigaciones criminales, motivo por el cual responde a una efectiva política del Ministerio Público la unificación de criterios y la fijación de metodologías y pautas de investigación. Que muchas de las guías existentes en la materia son extranjeras, y por tanto, resultan inaplicables en nuestra normativa, siendo indispensable elaborar una propia acorde a los principios y garantías previstas por nuestra Constitución Nacional Argentina, conforme a las regulaciones del sistema acusatorio que determinan el accionar estatal en el ámbito del proceso penal. Que el Protocolo de Actuación en Informática Forense desarrollado se basa en el Proceso Unificado de Recuperación de Información ("PAIF-PURI") ha sido acreditado como Proyecto de Desarrollo Tecnológico Social por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación Productiva de la Nación, mediante Resolución 062/14 e integra el Banco Nacional de Proyectos de Desarrollo Tecnológico Social de la República Argentina. Que la "Guía Integral de empleo de la Informática Forense en el Proceso Penal" resultante del trabajo interdisciplinario del equipo técnico del Laboratorio de Investigación y Desarrollo de Tecnología en Informática Forense ha sido registrada en el



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Sistema ISBN Argentino con el número 978-987-1312-73-3. Que a partir del 2 de diciembre de 2015 y durante 90 días, dicha guía se aplicó en los Departamentos Judiciales de Mar del Plata y Mercedes, a efectos de su evaluación por parte de los ingenieros a cargo de las Oficinas Periciales, correspondientes, validándose en forma positiva su aplicabilidad y utilidad (conf. Opiniones técnicas de los ingenieros Fernando Greco y Rubén Cangelosi respectivamente). **Que atendiendo a las recomendaciones de los usuarios que la aplicaron, la guía contiene un anexo referido al Proceso Unificado de Recuperación de la Información PURI, la adecuación al Protocolo de Cadena de Custodia aprobado por Resolución General N° 889/15** (art. 189 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y arts. 1°, 2° y 21 de la ley 14.442," y que ese protocolo claramente no fue observado en el procedimiento que se impugna.

Como se ha dicho estos protocolos se deben seguir para cualquier objeto informático, así se trate de computadoras, celulares, tablets, etc., y nada acá se ha hecho, cuando no existió urgencia alguna que pueda justificar la no preservación de los teléfonos .

Marcando la importancia de estas cuestiones se expidió - Poder Judicial de la Nación, Causa n° 46.744 "Fiscal s/ apela declaración de nulidad de informe pericial" Jdo. Fed. n° 7 - Sec. n° 14 Reg. n° 458 ///////////nos Aires, 24 de mayo de 2012. . La Cámara Nacional expresó, en un fallo que transcribiré en parte por ser de apreciable lectura "...se pide, en consecuencia, que se anulen ambos peritajes, el primero por la omisión de practicar la notificación que manda la ley procesal y la consecuente violación del derecho constitucional de controlar la producción de prueba, y el segundo por la sospechosa de contaminación de la evidencia puesta de resalto por los profesionales de la UBA luego de una primera revisión en la que la defensa fue excluida indebidamente. 2º) Al pronunciarse esta Cámara el pasado 5 de mayo de 2011 en este mismo incidente (resolución registrada bajo el n° 428), se indicó que "...la verdadera discusión se vinculaba con la posibilidad de utilizar prueba obtenida por medios ilícitos o prohibidos ...



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

pues más allá de la autenticidad o no de los intercambios epistolares, las partes introducen la posibilidad de que los documentos electrónicos hayan sido colocados clandestinamente en las computadoras mientras se encontraban secuestradas a disposición del Juzgado ...” Se dijo: "...La cuestión a decidir se refiere a lo que en doctrina se conoce como límites formales para la averiguación de la verdad, concepto que remite al conflicto que suele suscitarse entre el compromiso del Estado en la averiguación de la verdad y la protección del individuo imputado de un delito. Esos límites se traducen en reglas que, en palabras de Maier, estabilizan el sistema pues evitan que "...la meta de averiguar la verdad lo desequilibre, al ser cumplida aún a costa del ser humano individual y de cierto ámbito de privacidad que le garantiza el Estado de Derecho..." (Maier, Julio B. J. “Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, pág. 664). Por eso, como dice la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "...la actividad legislativa enfrenta permanentemente el desafío de lograr un adecuado equilibrio entre un proceso penal ‘eficiente’ y uno que le dé al imputado la oportunidad de defenderse en un marco de verdadera imparcialidad..." (Fallos 327:5863), concepto que se extiende a la actividad judicial en tanto, en palabras del propio Máximo Tribunal "... el conflicto entre dos intereses fundamentales de la sociedad: su interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y su interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley debe resolverse a favor del individuo pues resultaría comprometida la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria de tales métodos inconstitucionales (Fallos 303:1938 y decenas posteriores que siguen esa doctrina). Es decir, en algunos casos, la averiguación de la verdad, herencia del modelo inquisitivo y meta general del procedimiento -cfr. art. 193 CPPN-, debe ceder frente a ciertos resguardos pensados en función de la seguridad individual. Las reglas de garantía tienen la misión de apuntalar aquellos límites. De tal modo, para asegurar el derecho de defensa



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

(“Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos” –art.18 de la Constitución Nacional-) se prevé que la persona imputada de cometer un hecho delictivo cuente con asistencia técnica, declare ante un juez y tenga conocimiento previo tanto de la imputación como de la prueba de cargo. Vinculado con este último -el control de la prueba-, otras reglas de garantía imponen la obligación de notificarlo de la realización de las medidas probatorias, sobre todo aquellas irreproducibles y de ofrecerle, en su caso, la posibilidad de proponer peritos, puntos sobre los cuales se ha fundado la protesta de la defensa en esta causa. **Junto al control de la prueba, como derivado del derecho de defensa, también se encuentra involucrada la aplicación de otras reglas de garantías asociadas al derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados (“El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados...” –art. 18 CN), pues éstos sólo pueden ser intervenidos y utilizados como prueba de cargo cuando un juez lo autorice, por decisión fundada, a través de un procedimiento regularmente cumplido”**. En relación a lo que aquí me interesa resaltar, la Cámara resolvió la nulidad de la pericia informática expresando en el punto 4ºB): “ El carácter “irreproducible” de la primera de las pericias practicada (División Apoyo Tecnológico de la Policía Federal) si bien resultó acreditado con las comprobaciones efectuadas posteriormente sobre el modo como aquélla se llevó a cabo **y sobre el resguardo (mejor dicho, no resguardo) de la evidencia por parte de dicha autoridad policial...** . La forma en que fue ordenado y conducido el peritaje hecho por la Policía Federal frustró así un segundo examen que, sin resquicio a duda, permitiera afirmar que los archivos consultados eran los mismos que se encontraban presentes en los ordenadores desde su incautación.... Se violó la regla de garantía contemplada expresamente por el artículo 201 del código de rito -como derecho constitucional reglamentado- lo que cual conduce a la necesaria aplicación de la sanción que allí mismo también se establece (cfr. Maier, ob. cit., pág. 163). Es por eso que se afirma que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

peritación recién adquiere estado procesal cuando se cumplen todas las formalidades previstas por la ley (Clariá Olmedo, Jorge A. "Derecho Procesal Penal", Tomo Segundo, Marcos Lerner, 1984, Córdoba, pág. 401) ... Por más que pueda comprenderse la frustración evidenciada por los representantes del Ministerio Público Fiscal, de quienes es dable esperar igual esfuerzo y pasión por el resultado eficaz de las investigaciones de hechos de corrupción como por que éstas se lleven a cabo en correcta forma correcta (pues no se trata de terceros observadores sino de sujetos procesales especialmente comprometidos por imperio constitucional con la construcción, dentro del marco de la legalidad, de la verdad procesal entendida como meta del procedimiento), **las restricciones impuestas a la actividad probatoria a través de las aludidas reglas de garantía carecerían de sentido si la inobservancia de los preceptos no provocara la inadmisibilidad de incorporar al proceso los elementos de prueba obtenidos ilegítimamente, o bien excluirlos, si ya fueron incorporados (Maier, ob. cit., pág. 695).** Es que "...como resulta notorio, las razones de conveniencia -eventualmente, eficacia o celeridad- ceden -y deben ceder siempre- ante las garantías constitucionales en una estricta aplicación de éstas..." (María Angélica Gelli, "Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada", Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, Tomo I, pág. 296)... Si la tarea realizada en primera instancia consolidó los indicios de violación de las reglas de garantía no es posible poner a cargo del titular de esas garantías la prueba fehaciente de su cumplimiento por parte del Estado y, mucho menos aún, justificar su inobservancia por el resultado buscado, incluso si se coincide con alguna de las ideas que con la elocuencia que lo caracteriza puso de resalto el Sr. Fiscal de Cámara en su dictamen obrante a fs. 343/352, **desde que lo contrario importaría hacer prevalecer un principio de "in dubio pro prueba" contrario a la autolimitación que el Estado por ley se impuso.** ... Sólo es permitido arribar a la verdad por los medios y en la forma que la ley lo autoriza..."

3.- Asimismo, otras cuestiones prácticas hacen a que las formas en



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

que los elementos secuestrados deben preservarse, adquieran mayor relevancia y ello así en razón de las infinitas posibilidades de modificar y manipular la información, documentos, etc que conformen el contenido informático, incluído por medios remotos.

No hace falta explicar que la modificación de agendas y registros o cualquiera de las configuraciones de un teléfono móvil, es de conocimiento generalizado hasta para niños de escasa edad, pero los especialmente han considerado la viabilidad técnica de alterar, modificando, borrando, o cualquier otra maniobra, las comunicaciones de la red de WHATSAPP, mediante aplicaciones que se encuentran a disposición de cualquier persona y en forma gratuita en la INTERNET.

Estas aplicaciones, permiten las maniobras típicas de edición, tergiversación ,sustitución, manipulación de fechas , nombres, etc, de las comunicaciones de Wahtsapp, en razón que estas intervenciones, si bien algunas se pueden realizar directamente, como cambiar –editar- la identidad de una persona, otras requieren de un programa que permita eliminar archivos o eliminarlos para sustituirlos por otros.

La falibilidad ha llevado a que esas comunicaciones sean excluidas como medio de prueba en causas judiciales.

En internet lucen estas alternativas con los respectivos tutoriales. Así - Ago 28, 2017 (CET) José María López, explica cómo generar conversaciones falsas, agregar contenidos falsos, etc, directamente en WhatsApp o con aplicaciones especializadas: "WhatsFake: está disponible para Android y iPhone y sirve para escribir conversaciones falsas de WhatsApp como si fueran reales .La app imita muy bien WhatsApp. Puedes escribir la conversación de dos personas, incluir imágenes y audio, cambiar los estados de los mensajes para darle más veracidad. Yazzy Exclusiva para Android, Yazzy permite crear conversaciones falsas de WhatsApp, Instagram, Twitter o Facebook. Su nivel de personalización es muy alto, pudiendo añadir imágenes, etiquetas, menciones, comentarios y en el caso de las falsas fotografías de Facebook o los falsos estados de Facebook.



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Incluso permite crear avisos o notificaciones de mentira. La app facilita también tomar una captura para compartirla. WhatsApp Fake Chat Esta página web, WhatsApp Fake Chat, te permite crear una conversación falsa de WhatsApp lo más real posible. Obviamente, permite indicar un usuario ficticio, incluir una imagen de perfil pero llega hasta el punto de falsearlo todo. Prank Me Not Si lo que quieras es crear un hilo falso de Twitter o un falso estado de Facebook, existe Prank Me Not, una página con generadores muy fácil de usar .Mensajes, chats, estados... En pocos minutos tendrás tu conversación falsa para compartir en redes sociales, Imgur, 9gag o donde prefieras. Aunque está en inglés, puedes cambiar el idioma de la interfaz para que se vea Facebook o Twitter en español. Además, todos los campos son configurables, como texto, número de veces que se ha compartido, la imagen de perfil o adjunta al texto, etc.”

Asimismo, Pablo Serrano, perito judicial informático de España, ha explicado por qué este tipo de pruebas no son válidas por sí mismas ni aun habiendo un proceso de peritaje por medio. Lo primero que señala es que el motivo principal por el que no tienen valor por sí mismas es porque son pruebas fácilmente manipulables. Explica que la única manera de peritar es que haya copias de seguridad de ambas partes y en la mayoría de los casos los usuarios no las tienen hechas. En la mayoría de los casos, el juez pedirá la peritación para verificar si son reales, pero no siempre se puede demostrar, ya que para que el perito pueda demostrarlo, la única manera es que éste tenga acceso a las copias de seguridad de ambas partes y certifique que coinciden las horas de salida y entrega en los logs que se hacen en los backups de las conversaciones. No todos los usuarios hacen copias de seguridad de los chats, por lo que en muchas ocasiones es imposible acceder y por lo tanto, demostrar que no están manipulados. Si los usuarios no tienen copias de las conversaciones para que el perito pueda intervenir, el siguiente paso lógico que habría que dar sería el de buscar dentro de los servidores de la herramienta, pero aquí entra el segundo punto por el que las conversaciones dentro de la aplicación de mensajería no son



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

del todo válidas como prueba. Y ello porque WhatsApp no almacena copias de los mensajes en sus servidores, motivo por el cual los peritos solo disponen de las copias almacenadas en los terminales de las partes implicadas (importante señalar que para poder darlo como válido tienen que peritarse ambas, tanto emisor como receptor). Sucede lo mismo con las notas de voz que aunque pueda parecer que son pruebas menos manipulables, también tendría que llevarse a cabo un procedimiento de peritaje, especialmente si el audio no aparece registrado en el backup de la persona implicada (por ejemplo cuando mandamos un audio que alguien ha grabado a otra persona). Señala que "una vez peritado se puede presentar como prueba, pero igual que con los textos, en la mayoría de los casos serán admitidas como indicios (conjunto de pruebas que no son 100% fehacientes) y no como pruebas concluyentes".

José Sánchez Hernández Dirigido por Dra. D^a. Marta del Pozo Pérez Diciembre 2016 , presentó un trabajo en España , donde mucho se ha avanzado en materia pericial informática, muy esclarecedor de estas limitaciones probatorias " Diciembre 2016 ESTUDIO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA EN EL PROCESO PENAL: ESPECIAL REFERENCIA A LAS CONVERSACIONES DE WHATSAPP STUDY OF ELECTRONIC EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS: SPECIAL REFERENCE TO WHATSAPP "se expondrán las conclusiones que se han alcanzado tras el estudio teórico-práctico de la prueba electrónica en el proceso penal, y se propondrá la adaptación/reforma de las leyes procesales para conseguir una Justicia que otorgue mayor seguridad jurídica... V. DE LA AUTENTICIDAD Y COTEJO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA 1. La vulnerabilidad de las aplicaciones de mensajería instantánea: su fácil manipulación A lo largo de este Trabajo, se han puesto de manifiesto las vulnerabilidades que sufre actualmente WhatsApp; las cuales también resultan extensibles al resto de las aplicaciones de mensajería instantánea. Pues bien, el riesgo evidente de manipulación de estos medios de prueba, unido a la imposibilidad de conocer la autoría real de las conversaciones, ha provocado que sea



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

práctica habitual recurrir a la impugnación procesal de las pruebas propuestas y aportadas en los escritos de calificación (tanto de la/s acusación/es como de la defensa)... Además, resulta ser una prueba volátil: como se ha expresado con anterioridad, las pruebas electrónicas son fácilmente manipulables, esto es, pueden ser modificadas con facilidad; tanto es así que se puede alterar el contexto de las conversaciones o, incluso, cambiar por completo la redacción de los distintos mensajes. Una de las técnicas más usadas para alterar los WhatsApp es descargando la base de datos de la aplicación que almacena nuestro terminal al obtenerse los permisos de root⁷², almacenar dicha información en un ordenador y, posteriormente, mediante un comando mostrar una lista con todos los archivos almacenados para después modificarlos con programas accesibles al público, como «SQLiteStudio». Hasta tal punto la aplicación es alterable que, en el año 2014, se estimaba que el 40% de los WhatsApp aportados en juicio eran falsos ...".

En doctrina elaborado por el Dr. Gaston E. Bielli y titulado: "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil.". Publicado en la tapa de la edición especial Diario La Ley de fecha 29 de octubre de 2018. XIV. Falsedad y manipulaciones de los mensajes vía WhatsApp.. La problemática que impone las manipulaciones que se pueden dar sobre esta prueba, partiendo de una base, cualquier usuario de la plataforma puede borrar los mensajes intercambiados en forma bidireccional con otro interlocutor, previamente a incorporar la prueba al expediente judicial. En el derecho comparado se ha establecido que la posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas.... De ahí que la impugnación de la autenticidad de cualquiera de esas conversaciones... desplaza la carga de la prueba hacia quien pretende aprovechar su idoneidad probatoria."

En "Las conversaciones de Whatsapp como medio de prueba en el proceso penal. Revisión de algunos casos".Diego Maldonado DERECHO



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

PENAL Junio 10, 2016" : Las conversaciones de Whatsapp como medio de prueba en el proceso penal. Revisión de algunos casos. Estado de la cuestión. El desarrollo de los llamados "smartphones" ha permitido la aparición de las aplicaciones de mensajería instantánea como Whatsapp, Line o Telegram, que, mediante conexión a internet, permiten a los usuarios mantener conversaciones bidireccionales (de persona a persona) o multidireccionales (a través de los grupos). Este tipo de aplicaciones no solo ha provocado que los teléfonos móviles se usen cada vez menos como medio para establecer únicamente conversaciones, sino que también ha tenido su impacto en la esfera de lo jurídico en general y en la esfera de lo penal, en particular. De todos estos servicios de mensajería instantánea, la aplicación Whatsapp es la más usada mundialmente y, a pesar de sus innegables ventajas como la practicidad, rapidez y su bajísimo coste, puede ser también objeto de uso indebido por parte de algunas personas, pues es fácilmente manipulable".

En suma, la manipulación del teléfono celular por el personal policial, que contaba con las clave de desbloqueo que le requirieron a las personas detenidas, violentó la garantía de no autoincriminación y la inviolabilidad de la correspondencia epistolar - prohibición expresa y sin excepciones art. 295 del C.P.P.-, los papeles privados, que hoy ampara a las comunicaciones y todo tipo de información o documentación que posean los elementos tecnológicos, teléfonos, computadoras, etc. que representan en la actualidad el ámbito de resguardo de la privacidad más completo y complejo de los ciudadanos, al tiempo que la inobservancia de la cadena de custodia, impide introducir al proceso prueba válida en relación a los teléfonos secuestrados.-arts. 14, 18 y 19 de la C.N, Constitución de la Provincia de Buenos Aires en sus arts. 23 y 29 y 203, 207 y la regla de exclusión del art. 211 del C.P.P.

Por los fundamentos expuestos, entiendo le asiste razón al Sr. Defensor y así lo voto.

A la misma cuestión planteada, la Sra. Jueza, **María Gabriela JURE**



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

expresa que adhiere por sus fundamentos a lo expresado por el Dr. Martín Miguel MORALES, en el mismo sentido.-

Así lo votó.-

A la **TERCERA CUESTION** el Sr. Juez Dr. **Martín Miguel MORALES** dijo: De conformidad al resultado habido al tratarse la cuestión precedente estimo que el pronunciamiento que corresponde dictar es, **por mayoría:**

Declarar admisible el remedio impugnativo intentado.-

No hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial del Fuero de Responsabilidad Juvenil Dr. Luis Vidal y por ende confirmar la resolución del Sr. Juez de Garantías Juvenil de fs.882/894 que no hace lugar al pedido de nulidad, ni a la oposición a la requisitoria fiscal de elevación a juicio respecto del joven N.N. en orden al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en los términos del art. 5 inc "C" de la ley 23.737 y 45 del C.Penal en la IPP N° 12-00-000164-20/00.-

Es mi voto.-

A la misma cuestión las **Sras. Juezas Dra. Mónica GURIDI y María Gabriela JURE**, por análogos fundamentos, votó en igual sentido.-

Con lo que terminó el presente Acuerdo dictándose la siguiente:

R E S O L U C I O N:

I.-) Declarar admisible el remedio impugnativo intentado.-

II.-) Por mayoría, no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Sr. Defensor Oficial del Fuero de Responsabilidad Juvenil Dr. Luis Vidal y por ende confirmar la resolución del Sr. Juez de Garantías Juvenil de fs.882/894 que no hace lugar al pedido de nulidad, ni a la oposición a la requisitoria fiscal de elevación a juicio respecto del joven N.N. en orden al delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización en los términos del art. 5 inc "C" de la ley 23.737 y 45 del C.Penal en la IPP N° 12-00-000164-20/00.-

III.-) Resgistrese. Notifíquese, fecho devuélvase.-



242302091000826665



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 01/07/2020 13:11:14 - MORALES Martin Miguel
(martin.morales@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 01/07/2020 13:14:01 - JURE Maria Gabriela
(maria.jure@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 01/07/2020 13:18:03 - GURIDI Monica Flora
(monica.guridi@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 01/07/2020 13:34:55 - SANTORO Marcela Alejandra
(marcela.santoro@pjba.gov.ar) -



242302091000826665

CAMARA DE APELACION Y GARANTIAS EN LO PENAL - PERGAMINO

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS