



**INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"**

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

///la ciudad de Buenos Aires, a los 26 del mes de septiembre de 2018, se reúne la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, integrada por los Dres. Elizabeth A. Marum, Marcelo P. Vázquez y José Sáez Capel, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del encartado a fs. 103/106 contra la resolución obrante a fs. 94/97 de la presente, de la que

RESULTA:

I. La presente investigación, seguida contra D. F. R. R, por el delito previsto en el art. 128 del Código Penal –el que, en su primer párrafo, conmina la producción, financiación, comercialización y publicación de pornografía infantil– se inició en el marco de otra causa, en la que el nombrado resultó imputado por el delito de amenazas simples –art. 149 bis del Código Penal–.

En efecto, surge de fs. 4/8 que el 11 de agosto de 2017, el Fiscal Jorge Daniel Ponce, a cargo de la Fiscalía de Primera Instancia en lo PCyF nro. 34, le solicitó a la Jueza a cargo del Juzgado en lo PCyF nro. 16 el libramiento de una orden de allanamiento de la vivienda en la que reside D. F. R. R, en razón de que el nombrado había publicado, en su cuenta personal de Facebook, una amenaza dirigida hacia la actual diputada nacional E. C., y hacia el jefe de gobierno porteño, Horacio Rodríguez Larreta.

A consecuencia de ello, el magistrado a cargo de la investigación preliminar libró la mentada orden, disponiendo así el allanamiento del domicilio del encartado, y ordenando el secuestro de todos los dispositivos electrónicos con acceso a internet desde los cuales se pudiera haber realizado la publicación de Facebook que dio inicio a la causa; y las armas de fuego que fueran halladas en el lugar –cfr. fs. 9/12–.

El 11 de agosto, en horas de la noche, se llevó a cabo la medida en la vivienda de R. R, y allí se encontraron y secuestraron dos celulares, uno marca Nokia y el otro Samsung, y una CPU marca Asus –ver fs. 13/16–.

Con posterioridad a ese hallazgo, el representante del MPF solicitó, y la *a quo* autorizó, que la División Análisis de Inteligencia Informática de la Superintendencia de Delitos Tecnológicos de la Policía de la Ciudad realice el informe pericial pertinente sobre los objetos secuestrados y, en particular, determine:

*“1. Si el usuario de la red social Facebook identificado con la URL 'http://www.facebook.*****' (perfil de la red social Facebook “D. F. R. R”) se halla configurada previamente para su uso en alguno de los dispositivos incautados, como así también determinar si hay registros de actividad en dicha cuenta; 2. Si la cuenta de correo electrónico *****@hotmail.com se halla configurada previamente para su uso en alguno de los dispositivos incautados como así también determinar si hay registros de actividad con dicha cuenta; 3. Determinar la existencia y, en caso positivo, aportar información al respecto de las cuentas de usuario del sistema operativo como así también las utilizadas o accedidas a través de navegadores web, aplicaciones de gestión de correos electrónicos, mensajería instantánea, alojamiento de información en la nube y similares (tales como Google Chrome, Mozilla Firefox, Internet Explorer, Safari, Microsoft Outlook, Mozilla Thunderbird, Skype, Dropbox, Google Drive, Microsoft OneDrive, entre otros); 4. Determinar cuál era la persona o usuario que utilizaba cada uno de los dispositivos que fueran incautados en el allanamiento practicado en el marco de esta investigación; 5. Determinar si las publicaciones que resultan objeto de la presente investigación se*



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PCYF - SALA I

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

encuentran almacenadas en alguno de los dispositivos o cuentas aludidas" –fs. 22/23–.

De la pericia realizada por la aludida división, obrante a fs. 47/55, surge que *“analizando dichos equipos de telefonía celular, con el software UFED 4PC de Cellebrite (dispositivo para la extracción forense de información contenida en equipos de telefonía móviles y afines) se encontraron imágenes con presuntos desnudos de menores que no son de interés para la presente causa, pero se dio aviso a la Fiscalía interventora, lo cual se dejó asentado en una diligencia telefónica adjunta en una foja al final de este informe técnico. Continuando con el análisis de la copia forense mediante el Software Magnet Axion Examin versión 1.2.0.6464 el cual realiza un análisis en profundidad se logra ver imágenes con lo que sería aparentemente desnudos de menores que no son de interés para la presente causa, como así también se realizó la búsqueda con el Software Griffeyes Analyze especializado en búsqueda de imágenes y videos referentes a presuntos desnudos de menores, generando un reporte en formato HTML identificado con el nombre ‘Report’ en el interior de la carpeta con el nombre ‘R. R.’ resguardo en el disco externo aportado por la Fiscalía Interventora. A continuación mediante el Software FTK Imager versión 3.1.2.0 se analizó la copia forense y se pudo ver que en el usuario identificado como Users se encuentra una carpeta con el nombre Usuario conteniendo en su interior una subcarpeta identificada como Documents conteniendo varias carpetas pudiendo resaltar las carpetas S.C Piernas Infantiles Escolares y S.C Culo al Jean’s, se dio aviso a la Fiscalía, lo cual se dejó asentado*

en una diligencia telefónica que se adjunta en una foja al final de este informe técnico”.

En virtud de ese hallazgo, y para investigar la posible comisión, por parte del incuso, del delito previsto en el art. 128 del Código Penal, surgió la presente pesquisa, en la que intervino primeramente la Fiscalía en lo PCyF nro. 7 y luego, según surge a fs. 68/9 y 71/73, la Fiscalía nro. 34, junto con el Juzgado en lo PCyF nro. 16.

II. Luego, a fs. 85/87 vta., el Dr. Ezequiel Alexis Aizenberg, defensor del encartado, solicitó a la *a quo* la nulidad de la pericia llevada a cabo por parte de la Superintendencia de Delitos Tecnológicos de la Policía de la Ciudad sobre los dispositivos electrónicos de R. R, en razón de que, a su entender, allí se sobrepasó el límite impuesto por el objeto de la diligencia; se violó la privacidad de su defendido y se menoscabó su defensa en juicio.

Para llegar a esa conclusión, sostuvo que el objeto de la pericia nada tenía que ver con utilizar *softwares* que busquen imágenes o videos referentes a presuntos desnudos de menores y que, por otra parte, para que el personal de la División policial pudiera encontrar la carpeta “*S.C. Piernas Infantiles Escolares*”, tuvo que ingresar a las carpetas “*Users*”, y “*Documents*”, violando así tanto la privacidad del encartado como el art. 153 del Código Penal.

Agregó que, en el marco de la pericia, no fueron explicados los métodos –ni los *softwares*– utilizados para llevarla a cabo, ni se mencionaron cuáles son los métodos que suelen utilizarse para dicha práctica, convirtiendo así al acto en arbitrario, y contrario al art. 134, inc. 2 del CPPCABA, el que dispone que “*El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o constar en acta y comprenderá: 2) una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados... ”.*

Por otra parte adhirió que, a la fecha en la que se celebró el análisis por él cuestionado, la simple tenencia de pornografía infantil no encuadraba en ningún tipo penal, por lo que las acciones privadas no pueden ser objeto de ninguna investigación.



INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

Y, finalmente, enfatizó que esa defensa no concurrió a la producción del acto nulo, y que tiene interés en la observancia de las disposiciones violadas –cfr. art. 74 CPPCABA–.

Por todo ello, solicitó la nulidad de la pericia cuestionada; la declaración de nulidad de toda prueba obtenida a partir de ella y –en consecuencia de que, a su entender, no hay otro cauce de investigación– el sobreseimiento de su defendido.

III. El Sr. Fiscal a cargo del caso, Jorge Daniel Ponce, contestó la vista conferida en razón del pedido de nulidad a fs. 89/92, y consideró que tanto el hallazgo del material objeto de la pericia como la diligencia pericial en sí fueron llevadas a cabo de manera legal, y con el debido control jurisdiccional por parte de la jueza de garantías interviniente.

En ese sentido, consideró que uno de los puntos de la pericia solicitada y autorizada por V.S. consistía en determinar si las publicaciones que resultan objeto de la presente investigación se encuentran almacenadas en alguno de los dispositivos o cuentas aludidas. Y agregó que *“el personal policial procedió a la ‘extracción física’ de todo el contenido de los dispositivos a través del software UFED 4PC de Cellebrite, donde como resultado, entre las imágenes extraídas (entre las cuales podía encontrarse la imagen objeto de investigación), se advirtió la presencia de imágenes con presunto desnudos de menores, circunstancia que anotició a esta Fiscalía, disponiéndose que se dejara constancia de ello y no se avanzara en relación a la investigación de las mismas”*.

Y explicó que, si bien es cierto que se utilizaron *softwares* específicos para la recolección y el resguardo –teniendo en cuenta la volatilidad de los archivos informáticos– de todo el material de presuntos menores de edad desnudos, lo cierto es que esa actividad no implicó una violación indebida a la intimidad del imputado, en virtud de que la existencia de ese contenido presuntamente ilícito se le presentó al perito de manera espontánea al extraer la información del dispositivo con motivo de la búsqueda de la amenaza, conforme había sido autorizado por V.S.

Por otra parte, respecto al planteo de la defensa, relativo a que no concurrió a la producción del acto nulo, el representante del MPF recordó que, previo a realizarse el examen atacado por la defensa, ésta última fue debidamente notificada en los términos del art. 130 del CPPCABA, y que en razón de ello podría haber designado un perito de parte para el control de la pericia, lo cual no hizo.

Finalmente, coincidió con el representante del encartado en cuanto a que, al momento en que el hecho investigado tuvo lugar, la tenencia de material pornográfico infantil no estaba penada, y agregó que es justamente por ello que se dispuso una nueva pericia, con el objeto de determinar si el imputado incurrió en alguna conducta que exceda la simple tenencia de ese material –es decir, si produjo, financió, ofreció, comerció, publicó, facilitó, divulgó o distribuyó pornografía infantil–, comportamiento que ya se encontraba conminado penalmente cuando esta investigación inició.

Y, en ese punto, el Fiscal agregó que nos encontramos aquí ante un delito de especial gravedad, que afecta a niños, niñas y adolescentes, y que en razón de que se trata de víctimas especialmente vulnerables, que requieren un plus de protección, según las convenciones en materia de derechos humanos que, a partir de 1994, tienen jerarquía constitucional.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “...*Los tribunales están obligados a atender primordialmente el interés superior del niño –art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño– el que viene a orientar y a condicionar la decisión de los magistrados, y deben adoptar las*



INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA (PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que se respeten los derechos de cada niña, niño o adolescente (Fallo 334:913, 'V., D. L.')".

Por todo ello consideró que no correspondía hacer lugar al planteo de nulidad incoado por la defensa.

IV. En concordancia con la solicitud del agente fiscal, el magistrado a cargo del Juzgado en lo PCyF nro. 16 resolvió, en lo que aquí interesa, **"NO HACER LUGAR al PLANTEO de NULIDAD presentado por el Dr. Ezequiel Alexis Aizenberg..."** –cfr. fs. 94/97–.

Para así decidir consideró que el perito no se había excedido o extralimitado en su labor, en virtud de que el punto nro. 5 de la pericia propuesta por la Fiscalía consistía en *"determinar si las publicaciones que resultan objeto de la presente investigación se encuentran almacenadas en alguno de los dispositivos o cuentas aludidas"*. Ante tal requisitoria, el perito utilizó un programa informático cuyo objetivo era detectar imágenes de forma indiscriminada, por lo que no existió un actuar humano y excesivo que ingresara a las distintas carpetas contenidas en los dispositivos con el fin de recabar cualquier tipo de información, tal como señalara la defensa al decir que para tomarse con las carpetas *"S.C. Piernas Infantiles Escolares"* y *"S.C. Culo al Jean's"*, el oficial a cargo de la pericia tuvo que ingresar a las carpetas *"Users"* y *"Documents"*.

Por ello, el magistrado entendió que *"como consecuencia de los softwares empleados, es que el especialista se topó con el presunto material pornográfico de forma sorpresiva al momento de cumplir su labor, resultando*

aplicable la doctrina sentada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, 'plain view doctrine', en cuanto dispone que '(...) b) los ítems distintos o no contemplados por la autorización deben ser de aquellos que la policía a través de su vista, olfato, sonido o tacto esté en condiciones de indicar como reveladores de la actividad criminal' (Horton v. California, 496 US 128 (1990), citado por Alejandro Carrió en 'Garantías Constitucionales en el Proceso Penal', pág. 236)''.

Por último, también coincidió con el Fiscal en cuanto a que la defensa no designó perito de parte, ni dispuso puntos de peritaje, pese a encontrarse debidamente notificada en la oportunidad de practicar el informe técnico, por lo que su derecho a controlar, ofrecer y cuestionar la prueba fue debidamente garantizado, a pesar de que haya decidido no ejercerlo –cfr. art. 130 CPPCABA–.

V. En virtud de ello, a fs. 103/106, la defensa de R. R, interpuso recurso de apelación contra la resolución del *a quo* de fs. 94/97.

Allí reiteró los argumentos que ya había expuesto en su anterior presentación, y volvió a solicitar la nulidad de la pericia, en razón de que, a su entender, el oficial que la llevó a cabo sobrepasó el límite impuesto por el objeto de la diligencia, dado que el objeto de la pericia nada tenía que ver con utilizar *softwares* que busquen imágenes o videos referentes a presuntos desnudos de menores, violando así tanto la privacidad del encartado como el art. 153 del Código Penal.

A su vez, volvió a agravarse de que la División policial a cargo de la pericia no explicó los métodos y los softwares que usó para llevarla a cabo, violando así el art. 134, inc. 2 del CPPCABA.

Finalmente reiteró que, a la fecha en la que se celebró el análisis por él cuestionado, la simple tenencia de pornografía infantil no encuadraba en ningún tipo penal; y que esa parte no concurrió a la producción del acto nulo, lo que le genera un agravio.

VI. El Fiscal a cargo de la Fiscalía de Cámara Sur, Walter H. Fernández, contestó la vista conferida en razón del recurso interpuesto y consideró,



INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

en primer lugar, que éste debería haber sido rechazado *in limine*, por resultar manifiestamente inadmisibile –ver fs. 111/113–.

Sin perjuicio de ello, sostuvo que la defensa fue notificada de la pericia, de forma previa a su realización, y que tuvo la posibilidad de designar un perito de parte, o proponer puntos de pericia, y no lo hizo. Y, en particular en lo relativo a ese punto, consideró que *“la presentación que efectuara la defensa no se hace cargo del principal argumento a través del cual se fundara la decisión recurrida: el momento para oponerse y/o controlar el examen pericial ya pasó, se le dio intervención y aquella no actuó. Ello por cuanto no designó perito, no determinó sus propios puntos de pericia, no participó de la misma, ahora sólo se opone al resultado de la misma, circunstancia esta que no es revisable. Todo lo que haya querido plantear sobre el modo en que se desarrollaba la misma, no es ni más ni menos que extemporáneo (art. 129 y ss del CPPCABA)”*.

Finalmente, el Fiscal de Cámara defendió la validez de la pericia impugnada, sosteniendo que es evidente que ante la mera presencia de cualquier indicador de la posible comisión de un delito de acción pública, el funcionario, perito o intérprete actuante deberá darle el curso correspondiente. En el caso en cuestión, si en el marco de la pericia informática que se estaba realizando se advierte la posible comisión de un delito de acción pública –tal como la tenencia de pornografía infantil con fines de comercialización o distribución– su identificación y posterior puesta en conocimiento a la autoridad correspondiente ha sido correcta.

VII. A fs. 117/119, se le corrió vista a la Asesora Tutelar ante la Cámara de Apelaciones en lo PCyF, Noris Guadalupe Pignata, quien consideró, en primer lugar, que el recurso de apelación debía ser declarado inadmisibile, en razón de que la defensa particular no lo sostuvo ante la alzada.

Por otra parte entendió que asiste razón a la jueza de grado en cuanto sostuvo que las medidas coercitivas llevadas a cabo en la investigación contaron con control y autorización judicial efectivos, en tanto el perito actuó conforme a los extremos requeridos en los puntos periciales previamente propuestos por el Fiscal, y analizados por la judicatura, y en el informe se detallaron los procedimientos empleados.

Asimismo, resaltó que en un caso como el que aquí nos ocupa debe ponerse el foco en respetar el interés superior de los niños, y su acceso a una justicia oportuna y reparadora, y que ello debe materializarse por medio de la adopción de medidas que suspendan los actos delictivos que los dañan, y los resguarden para que éstos no vuelvan a producirse en el futuro.

VIII. Finalmente, a fs. 120, pasaron los autos a resolver.

La Dra. Elizabeth A. Marum dijo:

PRIMERA CUESTIÓN:

En primer término, cabe mencionar que el recurso de apelación interpuesto lo ha sido en las condiciones y plazo establecidos, por quien se encuentra legalmente facultado para hacerlo y contra una resolución que, si bien no es una sentencia definitiva, tiene capacidad de irrogar al impugnante un gravamen de insusceptible reparación ulterior (art. 279 CPP CABA).

Ello así por cuanto, tal como esta Sala ha afirmado en numerosos precedentes, las resoluciones que conceden o deniegan planteos de nulidad resultan, en principio, susceptibles de provocar el mentado gravamen, pues los planteos no tendrían otra oportunidad procesal útil para ser reparados (Causas N° 51699-00-00/10 “González Tavera, George Martín y otros s/infr. art. 82 CC”, rta. el 23/02/12, entre otras).



En cuanto al planteo de la Asesora Tutelar ante la Cámara de Apelaciones, referido a que corresponde tener por desistido el recurso de apelación porque la defensa particular no sostuvo el recurso ante la alzada, cabe señalar que no tendrá favorable acogida. Y es que, tal como hemos expuesto en ocasiones anteriores, basta con que la defensa haya expuesto sus agravios al interponer el recurso, y que, luego, no lo haya desistido ante esta Cámara –conforme lo normado por el art. 274 del CPPCABA–.

Por lo hasta aquí expuesto, corresponde declarar admisible el recurso de apelación interpuesto por la Defensa.

SEGUNDA CUESTIÓN:

En principio, y previo a efectuar consideración alguna en relación a las nulidades planteadas, es dable recordar la postura que ha venido sosteniendo la Sala en esta materia, al considerar que la declaración de invalidez posee carácter excepcional, y que priman los principios de conservación y trascendencia de los actos procesales. En consecuencia, es dable afirmar que la nulidad sólo resultaría procedente de advertirse algún vicio sustancial o la afectación de garantías constitucionales.

En este sentido, este Tribunal ha expresado en diversas oportunidades que, para declarar la nulidad de un acto procesal es necesario cumplir con ciertos requisitos, entre ellos, la demostración –carga específica– por parte de quien la alega del perjuicio concreto e irreparable que le ocasiona el acto a su entender viciado, y

que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción y, por otro, del interés o provecho que le ocasionaría tal declaración –“principio de trascendencia”– (Causas N° 39028-01-CC/08 “Incidente de nulidad en autos “Cundo, Alexis s/inf. art. 149 *bis*, Amenazas y 183, Daños - CP””, rta. el 04/9/09, entre otras), pues lo contrario conllevaría al dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo que resulta inaceptable.

Por ello, para que un acto sea alcanzado por la declaración de invalidez debe haber conculcado algún derecho, causando así un perjuicio efectivo. Pues las nulidades de los actos procesales, además de constituir un remedio extremo, sólo proceden cuando de la violación de las formalidades que la ley establece deriva en un perjuicio real y concreto para la parte que lo invoca, y no, por el contrario, cuando se postula en el solo interés de la ley o por meras cuestiones formales.

Ahora bien, aclarado ello, cabe adentrarse en el análisis de los agravios formulados por el recurrente, los que, para una mejor comprensión, serán nucleados en dos puntos: *1. Nulidad de la pericia llevada a cabo por la Superintendencia de Delitos Tecnológicos de la Policía de la Ciudad* y *2. Atipicidad de la mera tenencia de pornografía infantil al momento del hecho.*

1. Nulidad de la pericia llevada a cabo por la Superintendencia de Delitos Tecnológicos de la Policía de la Ciudad

El Dr. Ezequiel Alexis Aizenberg, defensor del encartado, solicitó la nulidad de la pericia llevada a cabo por parte de la Superintendencia de Delitos Tecnológicos de la Policía de la Ciudad sobre los dispositivos electrónicos de su defendido, en razón de que, a su entender, allí se sobrepasó el límite impuesto por el objeto de la diligencia, y se violó la privacidad de R. R.

Sostuvo que el objeto de la pericia nada tenía que ver con utilizar *softwares* específicos para la búsqueda de imágenes o videos referentes a presuntos desnudos de menores y que, por otra parte, para que el personal de la División policial pudiera encontrar la carpeta “*S.C. Piernas Infantiles Escolares*”, tuvo que



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PCYF - SALA I

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

ingresar a las carpetas "Users", y "Documents", violando así tanto la privacidad del encartado como el art. 153 del Código Penal.

Y, en ese sentido, agregó que el dictamen pericial es arbitrario, en tanto no expone de ningún modo cuáles fueron los métodos y *softwares* utilizados, y que por ello es contrario al art. 134, inc. 2 del CPPCABA, el que dispone que "*El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o constar en acta y comprenderá: 2) una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados...*".

En primer lugar considero importante dejar asentado que el derecho a la intimidad está constitucionalmente consagrado, en los arts. 18 y 19 de nuestra Carta Magna, y en el art. 13.8 de la Constitución de la Ciudad.

Ello implica que las intromisiones en ese ámbito, tales como los allanamientos de domicilio; las escuchas telefónicas, el secuestro de papeles y correspondencia o información personal almacenada, sólo pueden ser ordenadas por el juez competente.

En ese sentido, debemos resaltar que tanto el allanamiento llevado a cabo en el domicilio de R. R –en el marco de la causa por el delito de amenazas–, como la pericia informática ejecutada sobre los objetos que allí fueron secuestrados se realizaron en virtud de una solicitud del fiscal interviniente, y con una orden judicial previa y fundada, tal como surge de fs. 4/8; 9/12; 22/23 y 24.

Sin perjuicio de ello, la defensa del encartado consideró, tanto al momento de plantear la nulidad como al apelar la decisión de la *a quo*, que el oficial

que llevó a cabo la pericia no tenía autorización para ingresar a carpetas privadas que nada tenían que ver con Facebook, casillas de email, navegadores o información en la nube. También consideró que la pericia no tenía como objeto investigar imágenes, y por ello no tenía razón de ser la utilización de Softwares específicos para la búsqueda de imágenes y videos referentes a desnudos de menores.

Debo introducirme, entonces, en el análisis de la pericia llevada a cabo por la Superintendencia de Delitos Tecnológicos de la Policía de la Ciudad y obrante a fs. 47/58.

De allí surge que *“Con respecto al punto de pericia nro. 5 no se encontraron publicaciones que resulten objeto de la presente investigación. Se deja constancia que analizando dichos equipos de telefonía celular con el software UFED 4PC de Cellebrite (dispositivo para la extracción forense de información contenida en equipos de telefonía celular y afines) se encontraron imágenes con presuntos desnudos de menores que no son de interés para la presente causa pero se dio aviso a la Fiscalía interventora, lo cual se dejó asentado en una diligencia telefónica que se adjunta en una foja al final de este informe técnico. Continuando con el análisis de la copia forense mediante el Software Magnet Axion Examin versión 1.2.0.6464 el cual realiza un análisis en profundidad, se logra ver imágenes con lo que sería aparentemente desnudos de menores que no son de interés para la presente causa, como así también se realizó la búsqueda con el Software Griffeyes Analyze especializado en búsqueda de imágenes y videos referentes a presuntos desnudos de menores, generando un reporte en formato HTML identificado con el nombre “Report” en el interior de la carpeta con el nombre “R. R.” resguardo en el disco externo aportado por la Fiscalía interventora. A continuación mediante el Software FTK Imager versión 3.1.2.0 se analizó la copia forense y se pudo ver que en el usuario identificado como Users se encuentra una carpeta con el nombre Usuario conteniendo en su interior una subcarpeta identificada como Documents conteniendo varias carpetas pudiendo resaltar las carpetas S.C. Piernas Infantiles Escolares y S.C. Culo al Jean’s, se dio aviso a la Fiscalía, lo cual se dejó*



INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

asentado en una diligencia telefónica que se adjunta en una foja al final de este informe técnico" –fs. 48/49–.

El punto nro. 5 de la pericia, al que hace referencia el informe, disponía que el oficial a cargo de la diligencia debía "*Determinar si las publicaciones que resultan objeto de la presente investigación se encuentran almacenadas en alguno de los dispositivos o cuentas aludidas*". Ese punto, que fue solicitado por el Sr. Fiscal a cargo del caso y autorizado luego por la jueza de grado, implica necesariamente la búsqueda de imágenes alusivas a la amenaza en el interior de los equipos que estaban en la casa de R. R.

Por otra parte, en cuanto a la utilización de los programas "*Magnet Axiom Examin versión 1.2.0.6464*"; "*Griffeyes Analyze*" y "*FTK Imager versión 3.1.2.0.*", es importante destacar que la defensa se equivoca al calificarlos como *softwares* que buscan –específicamente– imágenes y videos susceptibles de ser calificados como pornografía infantil. En efecto, los mencionados son programas destinados a organizar y filtrar archivos que puedan resultar de interés para la investigación; no son, por el contrario, programas específicos para la búsqueda de contenidos relativos a la pornografía infantil.

Y, en ese sentido, es correcto el argumento brindado por la magistrada de grado al rechazar el pedido de nulidad, en cuanto a que "*el perito utilizó un programa informático cuyo objetivo era detectar imágenes de forma indiscriminada, por lo que no existió un actuar humano y excesivo que ingresara a las distintas carpetas contenidas en los dispositivos con el fin de recabar cualquier*

tipo de información, tal como señalara la defensa al decir que para toparse con las carpetas ‘S.C. Piernas Infantiles Escolares’ y ‘S.C. Culo al Jean’s’, A, tuvo que ingresar a las carpetas Users y Documents”.

Así, la jueza a cargo del Juzgado nro. 16 concluyó que el especialista se topó con el presunto material pornográfico de forma sorpresiva al momento de cumplir su labor, resultando aplicable la doctrina sentada por la Corte Suprema de Estados Unidos, “*plain view doctrine*”, en cuanto dispone que “(...) *b) los ítems distintos o no contemplados por la autorización deben ser de aquellos que la policía a través de su vista, olfato, sonido o tacto esté en condiciones de indicar como reveladores de la actividad criminal*” (“Horton v. California”, 496 US 128 (1990), citado por Alejandro Carrió en Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, pp. 236).

También el fiscal de grado defendió el accionar del oficial a cargo de la pericia, en razón de que la investigación se inició a partir de una captura de pantalla donde se observaba el mensaje amenazante, por lo que la tarea desarrollada por el personal policial estaba dirigida a dar con ella, con un *software* idóneo al efecto, y fue a partir de éste último que la existencia de ese contenido presuntamente ilícito, y constitutivo de un delito de acción pública y especial gravedad se le presentó al perito de manera espontánea.

Por otra parte, la defensa entendió que los peritos no explicaron los métodos y los *softwares* utilizados, ni se mencionaron cuáles son los métodos que suelen utilizarse para dicha práctica, convirtiendo así al acto en arbitrario, y contrario al art. 134, inc. 2 del CPPCABA, el que dispone que “*El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o constar en acta y comprenderá: 2) una relación detallada de todas las operaciones practicadas y sus resultados...*”.

Pero lo cierto es que del extenso examen realizado por la División –y foliado a fs. 47/55– surge específicamente cuáles fueron los métodos y *softwares* utilizados. En efecto, a fs. 45/46 se realizó una descripción detallada de las tareas llevadas a cabo, y de los programas informáticos utilizados para ello. Las conclusiones a las que arribaron, por su parte, fueron detalladas a fs. 48 vta/49.



CÁMARA DE APELACIONES EN LO PCYF - SALA I

INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

Finalmente, el Defensor se agravió de que esa parte no concurrió a la producción del acto nulo, y que tiene interés en la observancia de las disposiciones violadas –cfr. art. 74 CPPCABA–. En cuanto a este agravio específico, entendemos que resulta acertada la opinión del Fiscal de Cámara a fs. 111/113, en cuanto sostuvo que la pericia se practicó sin control de la defensa, debido a que, si bien estaba notificada, eligió no participar de ella. Y, en particular, el Dr. Fernández adunó que *“la presentación que efectuara la defensa no se hace cargo del principal argumento a través del cual se fundara la decisión recurrida: el momento para oponerse y/o controlar el examen pericial ya pasó, se le dio intervención y aquella no actuó. Ello por cuanto no designó perito, no determinó sus propios puntos de pericia, no participó de la misma...”*.

En el mismo sentido, y también con razón, el *a quo* consideró que el derecho de la defensa a controlar, ofrecer y cuestionar la prueba fue debidamente garantizado, conforme lo dispuesto por el art. 130 del CPPCABA, a pesar de que esa parte haya optado por no ejercerlo –cfr. fs. 94/97–.

Y, en efecto, a fs. 24 la magistrada a cargo del Juzgado en lo PCyF nro. 16 autorizó la realización de la pertinente pericia sobre los celulares y la CPU secuestradas de la casa del imputado, y dispuso que se notifique a la defensa de esa decisión por medio de una cédula, y que se le haga saber, además, que podía designar un perito dentro de los tres días de notificada, para que participe de los análisis periciales o examine sus conclusiones y proponga puntos de peritaje, conforme el art. 130 CPPCABA. Esa cédula de notificación dirigida a la defensa de

R. R, fue correctamente diligenciada, según surge de la constancia de fs. 121. De ello se deriva que, tal como indicaran la magistrada y el fiscal, la decisión de no participar de ningún modo de la pericia fue de la defensa del imputado, quien, sin perjuicio de haber sido debidamente notificada, optó por no hacer uso del derecho que el art. 130 del código de forma de la Ciudad le otorga.

En efecto, me permito concluir que en este caso la defensa no ha demostrado el perjuicio concreto e irreparable que le ocasiona el acto que, a su entender, está viciado, y que, por lo demás, ha quedado demostrado que tal acto –es decir, la pericia– fue llevado a cabo según lo ordenado por la *a quo*, previa notificación a la defensa; y que las imágenes que fueron halladas en el marco de él se le presentaron al oficial a cargo de la pericia de manera espontánea.

2. Atipicidad de la mera tenencia de pornografía infantil al momento del hecho

En otro orden de ideas, el defensor sostuvo que a la fecha en la que se llevó a cabo el allanamiento en el marco del cual se hallaron imágenes de desnudos de menores, la simple tenencia de pornografía infantil no encuadraba en ningún tipo penal, y que, según lo normado por el art. 19 de la Constitución Nacional, las acciones privadas no pueden ser objeto de ninguna investigación.

Ahora bien, este punto no fue puesto en tela de juicio por el Fiscal de primera instancia, quien al responder la vista por el pedido de nulidad de la pericia, manifestó que *“por esa misma razón es que se dispuso una nueva pericia, tendiente a determinar si el imputado incurrió en alguna conducta que excede la simple tenencia del material (es decir, produjo, financió, ofreció, comerció, publicó, facilitó, divulgó o distribuyó) y que ya se encontraba penada, con anterioridad a la última reforma del art. 128 bis del CPN”* –ver fs. 89/92–. Este argumento también fue receptado por la *a quo* en ocasión de no hacer lugar al planteo de nulidad –fs. 94/97–.

En efecto, asiste razón a los nombrados en cuanto a que a fs. 81/82 la Fiscalía en lo PCyF nro. 34 solicitó a la División Delitos Informáticos Complejos de



INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

la Policía de la Ciudad que determine si *“los archivos alojados en las carpetas ‘S.C Piernas Infantiles escolares’ y ‘S.C Culo al Jean’s’ fue compartido o puesto a disposición de terceros. Asimismo informar, en el caso que fuera posible, si a partir del análisis de metadatos de las imágenes y videos analizados, es posible inferir que alguno de estos sea de producción propia o se trate de material inédito”*. A su vez, se le solicitó a la mentada División *“Determinar la existencia y, en caso positivo, aportar información al respecto de las cuenta de usuario del sistema operativo como así también las utilizadas o accedidas a través de navegadores Web, aplicaciones de gestión de correos electrónicos, mensajería instantánea, alojamiento de información en la nube y similares...”*.

Es por ello que este planteo –que ni siquiera resulta un agravio, en tanto ninguna de las partes puso en duda que la mera tenencia de pornografía infantil no constituía un delito al momento del hecho– ya había sido correctamente resuelto por la jueza de grado al momento de rechazar la nulidad, en tanto allí quedó claro que la prosecución de la causa estaría supeditada al resultado del nuevo informe pericial que se le encomendó a la División Delitos Informáticos Complejos de la Policía de la Ciudad.

Los Dres. Marcelo Pablo Vázquez y José Saez Capel dijeron:

En primer lugar, coincidimos con el examen realizado por nuestra colega preopinante, en cuanto a que el recurso de apelación fue interpuesto en tiempo y forma; por quien se encuentra legitimado a tal fin, y contra una resolución

que tiene capacidad de irrogar al impugnante un gravamen de insusceptible reparación ulterior.

Sentado ello, pasaremos a analizar por separado los dos agravios que la defensa ha expuesto en su recurso.

1. Nulidad de la pericia llevada a cabo por la Superintendencia de Delitos Tecnológicos de la Policía de la Ciudad

Esta Sala tiene establecido que, para que un acto sea alcanzado por una declaración de invalidez como la que la defensa solicita, debe haber conculcado algún derecho, causando así un perjuicio efectivo. Así, las nulidades de los actos procesales, además de constituir un remedio extremo, sólo proceden cuando de la violación de las formalidades que la ley establece deriva en un perjuicio real y concreto para la parte que lo invoca, y no, por el contrario, cuando se postula en el solo interés de la ley o por meras cuestiones formales.

Ahora bien, sentado ello, debemos manifestar que no compartimos el criterio de nuestra colega en lo relativo a la nulidad de la pericia llevada a cabo por la División Análisis de Inteligencia Informática, de la Superintendencia de Delitos Tecnológicos de la Policía de la Ciudad.

Tal como fuera señalado *ut supra*, el defensor del encartado solicitó la nulidad de la pericia llevada a cabo por la mencionada división sobre los dispositivos electrónicos de su defendido porque, a su entender, allí se sobrepasó el límite impuesto por el objeto de la diligencia, y se violó la privacidad de R. R.

Sostuvo que el objeto de la pericia nada tenía que ver con utilizar *softwares* específicos para la búsqueda de imágenes o videos referentes a presuntos desnudos de menores y que, además, para que el personal de la División policial pudiera encontrar la carpeta “*S.C. Piernas Infantiles Escolares*”, tuvo que ingresar a las carpetas “*Users*”, y “*Documents*”, violando así tanto la privacidad del encartado como el art. 153 del Código Penal.

Y finalmente consideró que el dictamen pericial es arbitrario, y



INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

violatorio de lo dispuesto por el art. 134 inc. 2 del CPPCABA, en tanto no explicó de ningún modo cuáles fueron los métodos y softwares utilizados.

Como ya se ha resaltado en el marco de la presente causa, la consagración constitucional de los derechos a la intimidad y la privacidad implica que las intromisiones en esos ámbitos tan fundamentales deben ser ordenadas por el juez competente, y deben estar debidamente fundadas.

En efecto, las cuestiones atinentes a la privacidad e intimidad suelen encontrarse en estrecha ligazón con el derecho procesal y, en la actualidad, *“no sólo el domicilio o la correspondencia epistolar, sino que los datos inherentes a nuestra vida personal se encuentran distribuidos en computadoras, equipos de telefonía celular, correos electrónicos y demás, incluso en sistemas de datos de los que no somos titulares, por lo que no es baladí, sino todo lo contrario, adentrarse en el examen de estas, ya no nuevas, sino plenamente actuales formas de criminalidad, sin retacear atención a su constante desarrollo y, consecuentemente, a la necesidad de generar soluciones adecuadas para el Estado de Derecho que invariablemente debemos defender en cada uno de los roles en que somos llamados a desempeñarnos”* (Delitos contra la Libertad, Marcelo Pablo Vázquez, en la compilación ‘Transferencia de la Justicia Penal Ordinaria en el Proceso de Autonomía de la CABA’, editorial Jusbaire).

Así, los mensajes –SMS, WhatsApp, Telegram, correos electrónicos, etc.–, las fotografías, videos, audios, localizaciones por GPS, búsquedas por la web, intereses, archivos, etc., pueden guardar los aspectos más íntimos de la persona.

Tanta información, a su vez, constituye un reservorio importante de prueba que, como tal, debe ser limitado y regulado (El Acceso a Información y Datos de Teléfonos Celulares, Maximiliano Hairabedián, en el libro ‘Cibercrimen’, editorial IBdeF, 2017).

En el marco de la presente, resulta fundamental establecer si la pericia realizada sobre los dispositivos electrónicos de R. R, fue excesiva y constituyó, así, una violación a los derechos mencionados, o bien, si se atuvo a lo ordenado por las autoridades de primera instancia, y resultó razonable y proporcional al delito investigado.

Esta investigación se inició por una amenaza escrita y publicada en la red social Facebook. En ese contexto, y pese a que el punto “5” de la pericia solicitada por la Fiscalía de primera instancia, y autorizada por la *a quo*, solicitaba que se determine “*si las publicaciones que resultan objeto de la presente investigación se encuentran almacenadas en alguno de los dispositivos o cuentas aludidas*”, considero que no correspondía llevar a cabo una búsqueda irrestricta en los archivos que el imputado pudiera tener almacenados en sus dispositivos electrónicos.

En efecto, ya la utilización de *softwares* como el “*UFED 4PC de Cellebrite*” y el “*Magnet Axion Examin versión 1.2.0.6464*”, que organizan y filtran archivos audiovisuales que pueden resultar de interés para una investigación criminal, resulta, a nuestro parecer, excesiva y desproporcionada para el objeto de la presente investigación, que se inició por una amenaza dirigida contra Elisa Carrió y Horacio Rodríguez Larreta, que no contenía imágenes, ni se relacionaba de ningún modo con archivos del tipo audiovisual.

Ahora bien, la utilización del programa “*Griffeyes Analyze*”, *especializado* –según lo dicho por el perito interviniente a fs. 49– en la búsqueda de imágenes y videos referentes a presuntos desnudos de menores, resulta, –en palabras de la doctrina norteamericana– una “*excursión de pesca*”, y una violación a la privacidad del imputado que de ningún modo está justificada por la orden de la *a quo*, ni por las características del hecho investigado.



INCIDENTE DE APELACION EN AUTOS " SOBRE 128 1 PARR - DELITOS ATINENTES A LA PORNOGRAFIA
(PRODUCIR/PUBLICAR IMAGENES PORNOGR. C MENORES 18)"

Número: INC 2134/2018-1

CUIJ: INC J-01-00001401-6/2018-1

Actuación Nro: 12141374/2018

De ello se desprende que, a diferencia de lo sostenido por la Dra. Claudia Amanda Alvaro, no resulta aplicable al caso la doctrina conocida como "*plain view doctrine*", extensamente desarrollada por la Corte Suprema de Estados Unidos. De ella se deriva que, en el marco de una medida de prueba legítima, como podría ser el allanamiento de un domicilio, los funcionarios a los que se les haya encomendado no están impedidos de secuestrar elementos demostrativos de la comisión de un delito distinto de aquel por el cual se libró la orden de ingreso, si la existencia de aquellos elementos fue advertida por accidente o a franca o simple vista.

El descubrimiento de archivos audiovisuales relacionados con la pornografía infantil a través de la utilización, por parte del oficial a cargo de la pericia, de un programa *especializado* en la búsqueda de imágenes y videos de desnudos de menores, en el marco de una investigación por una amenaza realizada por escrito, no puede, en modo alguno, calificarse como un descubrimiento accidental o –como señalara la magistrada de primera instancia–, como un hallazgo al que el realizador de la pericia haya llegado, espontáneamente, y a través de sus sentidos.

Como corolario de todo lo expuesto, consideramos que, si bien es cierto que la declaración de invalidez posee carácter excepcional, y que priman los principios de conservación y trascendencia de los actos procesales, en un caso como el que aquí nos convoca, en el que el punto nro. "5" de la pericia realizada por la división policial ha excedido completamente el marco de la investigación, y se ha

inmiscuido en ámbitos de la privacidad del encartado que nada tenían que ver con el hecho pesquisado, corresponde declarar su nulidad. Así votamos.

2. Atipicidad de la mera tenencia de pornografía infantil al momento del hecho

En cuanto a este segundo agravio, compartimos la postura expuesta *ut supra* por nuestra distinguida colega, la Dra. Elizabeth A. Marum.

Por las razones expuestas, el Tribunal, por mayoría

RESUELVE:

REVOCAR la decisión obrante a fs. 94/97, dictada el 27 de junio de 2018, en cuanto dispuso, en lo que aquí interesa: “**NO HACER LUGAR al PLANTEO DE NULIDAD** presentado por el Dr. Ezequiel Alexis Aizenberg en la causa N° 2134/2018 (1704-D) “R. R. D. F. s/ inf. art. 128 CP” y, en consecuencia, **DECLARAR** la nulidad del punto nro. “5” de la pericia realizada por la División Análisis de Inteligencia Informática, y obrante a fs. 47/55, y de todo lo obrado en consecuencia.

Regístrese, notifíquese mediante cédula de carácter urgente y remítase al Juzgado de Primera Instancia a sus efectos.

Ante mí: