

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.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

Vuelve a intervenir el Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por el Fiscal de 1ª. Instancia contra el punto II del auto obrante a fs. 288/309 que resuelve “decretar la nulidad en la presente causa n° 12446/08 y respecto de la pericia practicada por la División Apoyo Tecnológico de la Policía Federal Argentina sobre las computadoras secuestradas en los domicilios _____ ambas de esta Ciudad; como también así de todo acto que hubiere tenido lugar en la causa en su consecuencia: particularmente la pericia encomendada a los técnicos de la Universidad de Buenos Aires, sus conclusiones, la información obtenida y la extracción de testimonios ordenadas al respecto.

Al deducir el recurso, el titular de la acción reparó especialmente en un peritaje llevado a cabo por el Ingeniero en Informática Forense Gustavo Daniel Presman, en el marco de la causa 1219/09 del Juzgado nro. 10 del fuero, sobre el mismo material secuestrado en esta investigación. Ese dictamen llevó al Fiscal a sostener “que la evidencia obtenida por los profesionales de la UBA -en concreto, los correos electrónicos que constituyen la evidencia probatoria para este y otros expedientes- no sufrió alteración alguna con posterioridad a su secuestro”. Al mismo tiempo, destacó que más allá de las *buenas prácticas forenses* no existe un protocolo de actuación que prevea la observancia obligatoria de aquéllas para realizar peritajes sobre material informático (fs. 310/315).

En esta instancia, el Fiscal General presentó memorial escrito. Dijo que la pretensión del órgano era obtener la revocatoria de la decisión por encontrarla arbitraria debido a haberse apartado de las constancias fácticas y de las normas que regulan el supuesto de hecho. Sostuvo que no existió ruptura de la cadena de custodia de donde derivó que “no ha existido una ventana temporal que permita inferir la adición a las máquinas de algún contenido que no se encontrara radicado en ellas desde un inicio, contrariamente a lo sostenido por el magistrado”. Esa afirmación la respaldó con el hecho de que los elementos pasaron de estar en poder del imputado a estar en la órbita de funcionarios públicos. Distinguió los casos en que la prueba era adquirida violando la norma, de aquellos en los que la cadena de custodia se vio comprometida; afirmó que sólo a los primeros se los fulmina de nulidad y, en relación a los segundos, llamó la atención sobre el valor del testimonio del personal policial. Relativizó la denuncia de violación de la cadena de custodia que hicieran los expertos de la UBA criticando que se haya dado trascendencia al hecho de que los puertos de alimentación eléctrica no

estuvieran fajados, a la vez que opuso la falta de hallazgo de indicios de operaciones destinadas a la modificación de los datos y calculó el tiempo que insumiría realizarlas. Insistió también en lo afirmado por el Ingeniero Presman, en el sentido de que las modificaciones encontradas obedecerían a reservorios o registros del sistema como consecuencia de no haber utilizado programas de protección de escritura, pero que ninguno se correspondía con correos electrónicos. Consideró como una tarea imposible de realizar, en el poco tiempo en el que los ordenadores estuvieron en la Policía Federal Argentina, la creación de 7546 archivos y su inserción a través de los puertos de alimentación eléctrica. Por último, efectuó una extensa alocución en contra de lo que el Dr. Moldes denomina “deformación ideológica de las garantías constitucionales” y “fundamentalismo garantista”.

Las defensas de Jaime y de y Vázquez mejoraron los fundamentos del fallo.

1º) Este incidente que la Cámara tiene por segunda vez a su conocimiento –en el marco de la causa que se instruye contra el ex Secretario de Transporte de la Nación, Jaime, por el delito de enriquecimiento ilícito- se inició a raíz de la presentación efectuada a fs. 1/7 por la defensa de y Vázquez, a la que luego adhirió la defensa del nombrado Jaime por sus argumentos (fs. 20/24), por la cual pretenden la exclusión de una de las pruebas en que se sustentan la investigación y la imputación que se les formula, al primero como autor del delito y a los dos restantes como personas interpuestas.

En resumidas cuentas, lo que se denuncia es que inmediatamente después del secuestro de computadoras efectuado en los domicilios de los Vázquez, se ordenó a la División Apoyo Tecnológico de la Policía Federal hacer una pericia sobre dichas computadoras para conocer el contenido de sus discos rígidos, cuya realización no fue notificada a la Defensa -en violación a lo dispuesto por los arts. 200, 201 y 258 del CPPN- con el argumento de que se trataba de una operación extremadamente sencilla y reproducible en el futuro, y que una vez culminada esa pericia, de cuya ejecución el Fiscal sí estaba al tanto, se ordenó a pedido de éste practicar otra con intervención de técnicos de la UBA, nueva pericia ésta cuya realización fue anoticiada a las defensas, pero cuyo resultado (el hallazgo de documentos electrónicos que el Fiscal pretende utilizar como prueba de cargo) se encuentra precedido de la advertencia de los peritos de la UBA de que el material que recibieron no había sido debidamente resguardado, habiéndose violado la cadena de su custodia. 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 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

Poder Judicial de la Nación

prohibidos ...” 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 ...” y expresamente se señaló que la sospecha introducida por las defensas, que resultaba necesario disipar a través de las diligencias pertinentes, se nutría “... primero, del escaso control permitido a las partes -por ejemplo, omitiendo notificaciones -; segundo, de la existencia de dos estudios con resultados opuestos (v. fs. 1093/1099 y 12.319); y tercero, de la afirmación de los expertos de la Universidad de Buenos Aires que manifestaron ... en virtud del estado del material a periciar que nos fuera entregado, no puede asegurarse que se haya mantenido la cadena de custodia...”.

En esa ocasión se anuló la resolución adoptada en primera instancia que había rechazado la nulidad impetrada por la defensa y se ordenó practicar nuevas diligencias tendientes a esclarecer las circunstancias bajo las cuales se produjeron los peritajes practicados tanto por la División Apoyo Tecnológico de la Policía Federal cuanto por la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la UBA, para luego volver a decidir en consonancia con el resultado de esas diligencias y en función del resto de las constancias de la causa atinentes a la incidencia planteada.

3º) 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 constituir la 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 (“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 aquella primera intervención de esta Cámara a la que antes se hizo alusión, se adelantó que el desconocimiento de esas reglas de garantía conducía a excluir la prueba y así fue que la encuesta se direccionó a superar el interrogante que contemplaba la posibilidad de que en autos se hubiese producido una actuación ilegítima o irregular en la incorporación de elementos de cargo a esta causa, en violación a las señaladas reglas.

Con el resultado de las diligencias ordenadas es que, entonces, han vuelto las actuaciones a decisión del Tribunal. Ellas, aunadas a las constancias del expediente obrantes con anterioridad, abonan a nuestro entender el planteo de la defensa de los imputados.

4º) En primer lugar, tenemos en consideración que la orden de practicar la primera de las pericias, aquella que fue llevada a cabo por la División Apoyo Tecnológico de la Policía Federal (ver auto de fecha 29/7/2009, a fs. 941), no fue notificada a las defensas de los imputados para que pudieran controlar su producción, pese a la expresa solicitud formulada por una de ellas de tener “...intervención... en todas las... pericias, inspecciones... que se lleven a cabo en la instrucción de la presente causa...” (ver escrito del 31/7/2009 a fs. 1082 de la causa principal), cuando, por el contrario, la lectura del expediente evidencia que la Fiscalía sí estaba avisada de dicho peritaje en curso (ver notificaciones de fs. 1007 vta. y fs. 1040 vta., también del principal, ambas del 31/7/2009).

El art. 258 del CPPN (del capítulo correspondiente a la prueba pericial) dice que cuando un juez ordenare la realización de una pericia “...notificará esta resolución al

Poder Judicial de la Nación

ministerio fiscal, a la parte querellante y a los defensores antes que se inicien las operaciones periciales, bajo pena de nulidad, a menos que haya suma urgencia o que la indagación sea extremadamente simple...”, disposición que resulta coherente con la manda general en materia de prueba contenida en el art. 201 del CPPN que establece que “...antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior [art. 200 “...reconocimientos, reconstrucciones, pericias e inspecciones...que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles...”] ...el juez dispondrá, bajo pena de nulidad, que sean notificados al ministerio fiscal, la parte querellante y los defensores... Solo en casos de suma urgencia se podrá proceder sin notificación...bajo pena de nulidad”.

Basta con dar lectura a los dos informes periciales cuestionados (Policía Federal a fs. 1093/1095 y 1097/1099 y UBA a fs. 12.318/12.323) como así también al producido luego por la Universidad Tecnológica Nacional (fs. 267/284), para descartar de plano y categóricamente que la peritación ordenada fuese una operación “extremadamente simple” de las que alude la norma citada (art. 258 CPPN), sobre todo si se tienen en cuenta las innumerables prevenciones señaladas por los mismos técnicos de la Universidad de Buenos Aires a fs. 12.318vta./12.319, así como la complejidad propia de las operaciones tendientes a la preservación de la evidencia, al uso de bloqueadores de escritura, a la búsqueda y recuperación de archivos informáticos, a su copiado, al uso de programas de recuperación de archivos eliminados o de observación de archivos ocultos, etc., etc., etc. Sobre este punto, que hace al núcleo del planteo de la defensa y que es relevante por lo antes expresado, los fiscales intervinientes nada han dicho.

4°A) La “urgencia” alegada para realizar el peritaje sin notificación a las partes (puntualmente a quienes les fueron secuestradas las computadoras y que resultan también imputados en la causa junto a Jaime, no así al Fiscal que sí estaba anoticiado) tampoco aparece explicada en el auto que ordenó la medida más allá de su mera invocación (ver fs. 941). La mera transcripción de esa palabra no puede suplantar la indicación de los motivos en los que ella se debe asentar, pues está en juego un derecho que la ley acuerda a las defensas bajo expresa sanción de nulidad. Y a juzgar por las constancias del expediente inmediatamente posteriores al examen (ver auto de fecha 4/8/2009 a fs. 1131/1132) el “apuro” originario se dirigió, antes que a estudiar el contenido y utilidad probatoria de los archivos electrónicos que halló la División Apoyo Tecnológico de la Policía Federal, a requerir -sin mayores explicaciones- un nuevo examen de las mismas computadoras con el objeto de buscar otros archivos electrónicos distintos (ver pedido fiscal del 7/8/2009 a fs. 1302 y del auto del juez del 10/8/2009 a fs. 1310), esta vez sí, curiosamente muy poco tiempo después de la primera, a la vista de las defensas. Qué fue lo que marcó la diferencia entre la primera y la segunda pericia para negar a las defensas su intervención en una y concederla en otra (con tan corto plazo de diferencia) no se sabe, pero del expediente surge con seguridad que no fue precisamente la urgencia (sobre todo si, además de lo ya dicho, se presta atención a que la

UBA presentó su informe un año y medio después) y sobre esto, que hace al núcleo del planteo de las defensas, tampoco los fiscales intervinientes hicieron mención.

El fiscal, en procura de dar legal contención a lo aquí ocurrido, evoca la regla jurisprudencial sentada por la Cámara Nacional de Casación Penal según la cual la nulidad prevista en el Código Procesal sería de carácter relativo y puede considerarse subsanada si la defensa no la opone concretamente en tiempo y forma oportunos. No obstante, ella no encuentra aplicación en el caso desde que el planteo invalidante fue efectuado en esta causa dentro del plazo previsto en el art. 170, inc. 1º, del CPPN e, incluso, había mediado una petición formal de una de las defensas de participar "...de todas las...pericias, inspecciones... que se lleven a cabo en la instrucción de la presente causa..." antes de que la pericia en cuestión fuera llevada a cabo (conf. fs. 1082 de la causa principal).

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, ya se proclamaba -en esencia- desde mucho antes.

En efecto, la sola naturaleza de los elementos sometidos al examen pericial era ya suficiente alerta sobre la cautela y precauciones que correspondía adoptar, especialmente la observación de cada una de las solemnidades que debía revestir todo acto que los tuviera por objeto, tal como el máximo control en su desarrollo. Sin embargo, ninguna de esas circunstancias halló lugar aquí. Ello condujo, tal como los peritos de la UBA primero sugirieron y luego comprobaron, a la imposibilidad de aseverar que las computadoras secuestradas contuvieran -sin alteraciones, supresiones o adiciones- los mismos archivos que tenían registrados al momento de su secuestro y, por tanto, a tornar ilusoria la exacta reproducción de un estudio sobre ellas. 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.

Al respecto cabe recordar, en primer lugar, el informe producido por los técnicos de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la UBA obrante a fs. 12.318/12.323, donde previnieron expresa y puntualmente acerca de las condiciones en que recibieron las computadoras y dieron cuenta de la imposibilidad de asegurar -en vistas del modo como se llevó a cabo el estudio anterior- la cadena de custodia de la evidencia que habrían de analizar.

En ese informe, a fs. 12.318/12.319, se da cuenta de lo siguiente: "... 1) ENCABEZADO DEL INFORME... 2) INTRODUCCIÓN... 3) VALIDACIÓN Y VERIFICACIÓN DE LA CADENA DE CUSTODIA: A. Mediante escrito de fecha 22/12/2009 se fijó fecha para el inicio de la pericia el día 2 de febrero de 2010. En el mismo escrito se solicitó al Juzgado la información correspondiente que avale el mantenimiento

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

de la cadena de custodia del material secuestrado en donde se indicase fechas y horas en que dicho material fue obtenido por primera vez, y las fechas y horas en que el mismo fue utilizado en previa/s pericia/s si las hubiere, como así también los métodos informáticos utilizados para evitar la contaminación de la prueba. B. En la fecha 2 de febrero de 2010 al iniciarse la pericia, y en el momento de entrega del material a periciar, el Juzgado no proveyó la correspondiente documentación respaldatoria del mantenimiento de la cadena de custodia, indicando solamente en forma verbal que el material habría sido secuestrado el día 28/7/2009 y la pericia anterior fue finalizada el día 3/8/2009. C. La cadena de custodia se refiere a la fuerza o cualidad probatoria de la evidencia. Debe probarse (si fuese requerido por el juez o fiscal) que la evidencia presentada es realmente la misma evidencia recogida en la escena del crimen, o recuperada a través de algún testigo, entregada por la víctima, o por otros sujetos o adquirida originalmente de alguna otra forma. D. Para cumplir con este requisito debemos mantener un registro minucioso de la posesión y de la cadena de custodia de la evidencia. Este puede asegurarse mediante un sistema de recibos y registro minucioso. E. La cadena de custodia también implica que se mantendrá la evidencia en un lugar seguro, protegida de los elementos, que no se permitirá el acceso a la evidencia a personas que no están autorizadas. F. En el documento anexo denominado “Descripción narrativa de la recepción de los efectos” puede observarse que el material recibido del Juzgado no se encontraba adecuadamente protegido para su uso, ya que los puertos de alimentación eléctrica no estaban adecuadamente inhabilitados. G. Es una buena práctica de la profesión forense informática “mantener y verificar la cadena de custodia” para asegurar que todos los registros electrónicos originales no han sido alterados. H. En tal sentido y en virtud del estado del material a periciar que nos fuera entregado, no puede asegurarse que se haya mantenido la cadena de custodia. I. Consultado el juzgado sobre esta situación el día 9 de febrero en el momento de la devolución de la evidencia, el señor prosecretario, Dr. Eduardo Córdoba, manifestó conocer esta situación indicando que el juzgado igualmente deseaba obtener el resultado de la pericia...” (el resaltado nos pertenece).

Si las constancias de la causa obrantes al tiempo de la anterior resolución de esta Cámara ofrecían serias dudas sobre la legitimidad del modo en que se procedió, las diligencias practicadas con posterioridad conducen a nuestro juicio a excluir la prueba cuestionada. Por supuesto que son serias algunas de las objeciones que, al menos desde lo fáctico -pero sólo desde lo fáctico-, oponen tanto el Fiscal de 1ª Instancia como el de Cámara para intentar salvar jurídicamente la validez de lo actuado, pero cada una de esas objeciones presenta su propia debilidad a poco que se las analiza en profundidad en base a las constancias de la causa y, en última instancia, ninguna de ellas salva el problema que se ha señalado más arriba: que según la ley, bajo pena de nulidad, la defensa tenía derecho a participar y controlar la producción de una pericia y fue excluida sin una justificación válida, y que luego se pretende utilizar en su contra una prueba que se dice hallada a través de un

procedimiento cuya regularidad y eficacia se encuentran científicamente cuestionadas por no haberse preservado adecuadamente la evidencia, como también manda la ley. Veamos:

Que los peritos de la UBA fueron más prolijos y exhaustivos que los de la Policía Federal en la confección de sus respectivos informes por escrito no caben dudas en cuanto se repasa el contenido de dichos informes, pero que hubieran utilizado una herramienta informática de búsqueda más sofisticada o eficaz -como argumentan los Fiscales para ofrecer una explicación al hallazgo de otros archivos electrónicos por parte de la UBA- es una afirmación que ofrece reparos, pues se encuentra contradicha. El Licenciado en Sistemas Darío A. PICCIRILLI de la Universidad Tecnológica Nacional (responsable de la tercera pericia practicada) sostuvo a fs. 273 que “no es posible afirmar si se utilizaron o no idénticos programas y/o métodos de búsqueda” pero arribó a esa conclusión -según él mismo explica- sólo en base a que los informes de la Policía Federal no lo especificaron en tanto el de la UBA sí lo hizo, es decir, se estuvo únicamente a lo que consignaron por escrito unos y otros peritos. No puede soslayarse, sobre este punto, que al ser interrogados los peritos policiales acerca del programa de búsqueda por ellos empleado, si bien el Sargento Daniel Héctor RODRIGUEZ dijo que no lo recordaba (ver testimonio de fs. 167/168), el Oficial Ayudante Sebastián TARENTI incluyó el mismo programa utilizado por la UBA dentro de los posiblemente empleados (“...no lo recuerda específicamente pudiendo haber utilizado el mismo motor de búsqueda de Windows, software encase forensic o FTK...” -ver testimonio de fs. 164/166-), en tanto que el Inspector Víctor AQUINO afirmó de modo contundente haber utilizado “...el software encase forensic portable... corrido sobre la memoria volátil del ordenador a analizar ...entendiendo que fue el mismo que el utilizado por los peritos de la UBA ...” (ver testimonio de fs. 181/183). Véase, además, que los patrones de búsqueda de información resultaban ser los mismos en uno y otro peritaje (conf. auto de fs. 941 y auto de fs. 1310). El informe del Lic. PICCIRILLI de la Universidad Tecnológica Nacional agrega otro dato útil para comparar, en punto a la eficacia del método de búsqueda al que hacen alusión los fiscales (no a la preservación de la evidencia) la labor realizada por los técnicos de la Policía Federal y de la UBA: “no es posible discernir si dentro de la configuración de búsqueda se ha incluido alguna opción que incluya la verificación de archivos ocultos” (respecto de la pericia de la Policía Federal) y “si bien especifica opciones de búsqueda en espacios libres (no utilizados) del disco rígido, no especifica que se haya aplicado la opción de búsqueda sobre archivos ocultos” (respecto de la pericia de la UBA) -ver fs. 273 a 275-.

4°C) El análisis efectuado por el Fiscal de Cámara en los puntos IV a VI de su dictamen sostiene, en resumidas cuentas, que no es “lógico” pensar que al tiempo de practicarse la primera pericia (Policía Federal) se introdujeran en las computadoras secuestradas 7546 archivos para que luego se omitiera señalar su hallazgo en el informe presentado al Juzgado. Sin embargo, frente a esa “lógica” del Sr. Fiscal de Cámara, las defensas oponen otra que desde el punto de vista “lógico” tiene igual grado de probabilidad: el primer estudio pericial fue realizado sin darles participación bajo el argumento falso de que se

Poder Judicial de la Nación

trataba de una operación extremadamente sencilla, urgente y repetible, y el sorpresivo hallazgo de los archivos electrónicos fue efectuado después, en un segundo peritaje, con su presencia pero sobre un material que no controlaron, habiéndose comprobado que no se habían adoptado los recaudos necesarios para asegurar la cadena de custodia de las computadoras, de suerte que los archivos electrónicos, que no estaban originalmente en ellas, habrían sido insertos luego del secuestro.

La deducción que hacen los Fiscales acerca de que la evidencia obtenida de las computadoras por los peritos de la UBA no habría sufrido modificación alguna con posterioridad a su secuestro, que en apariencia se sostiene en la tarea del perito Gustavo PRESMAN en el estudio presentado en el marco de la causa n° 1219/09 del Juzgado n° 10 del fuero (ver fs. 244/248) es controvertible, por un lado, debido a que el propio perito PRESMAN fue categórico al reconocer que se había violado la cadena de custodia del material mientras estuvo a disposición de la División Apoyo Tecnológico de la Policía Federal (ver su declaración de fs. 249) y, por otro, porque no asegura que los archivos electrónicos que luego hallaron los técnicos de la UBA hubieran estado originalmente en las computadoras, y esto último, que es precisamente aquello que habían denunciado las defensas y a lo que daba pábulo lo advertido por estos últimos profesionales (al señalar al deficiente forma de preservación de la evidencia), aparece ahora corroborado por la conclusión del nuevo peritaje practicado por el Licenciado en Sistemas Darío PICCIRILLI de la Universidad Tecnológica Nacional: “no se puede afirmar inequívocamente que el contenido encontrado por los peritos de la Universidad de Buenos Aires era el mismo que al momento del secuestro” (ver fs. 267/284 de este incidente).

Y por si fuera poco, no ya sobre la preservación sino directamente sobre la autenticidad misma de la evidencia, se advierte el hallazgo de numerosos archivos creados con anterioridad al secuestro de las computadoras que aparecen modificados en el tiempo en que éstas estuvieron a disposición de la División Policial, o bien que fueron directamente creados en ese espacio de tiempo (ver punto F del informe pericial del Lic PICCIRILLI - Universidad Tecnológica Nacional- entre fs. 278 y 281 y el Anexo VII allí mencionado que tenemos a la vista).

La importancia de dicho hallazgo no es menor pues, de la lectura de dicho anexo, puede advertirse la existencia de archivos creados o modificados en aquel lapso que se refieren, en concreto, a algunas de las operaciones presuntamente delictivas que el Sr. Fiscal mencionó en la presentación efectuada a fs. 14.605 a partir de lo que había informado la UBA (vgr. “...la compra de material rodante ferroviario a España y Portugal ... reconcesión del Ferrocarril Belgrano Cargas... contrato de consultoría...”). Así, y más allá de cuál pudo haber sido la entidad o la extensión de la operatoria que los afectó, lo cierto es que este sólo aspecto –su modificación en un tiempo en el cual debieron permanecer imperturbables- impide a la magistratura acordarles algún valor probatorio. En este sentido, y a simple modo de ejemplo, pueden evocarse los siguientes datos obtenidos por el perito:

PC5 – MODIFICADOS – PARTICION 1

Nombre	Encontrado en	Tamaño	Modificado	Creado	Tipo
Banco Nación	G:/General/General/00/Proyectos/00 Comp Esp y Port Mat Ferrov.	Carpeta	29/7/2009	10/6/2009	Carpeta de Archivos
Material de Trabajo Juan	G:/General/General/Licitaciones/F Belgrano Cargas	Carpeta	29/7/2009	10/6/2009	Carpeta de Archivos
Thumbs.db	G:/General/General/Varios/Carpetas Desactualizadas 00/Compra a España y Portugal	97 KB	29/7/2009	29/7/2009	Data Base File
Thumbs.db	G:/General/General/Varios/Carpetas Desactualizadas 00/Compra a España y Portugal	5 KB	29/7/2009	29/7/2009	Data Base File
Thumbs.db	G:/General/General/Varios/Carpetas Desactualizadas 00/Compra a España y Portugal	5 KB	29/7/2009	29/7/2009	Data Base File
Thumbs.db	G:/General/General/Varios/Carpetas Desactualizadas 00/Compra a España y Portugal	5 KB	29/7/2009	29/7/2009	Data Base File

PC5 – MODIFICADOS – PARTICION 2

Nombre	Encontrado en	Tamaño	Modificado	Creado	Tipo
Banco Nación	G:/General/General/00/Proyectos/00 Comp Esp y Port Mat Ferrov.	Carpeta	29/7/2009	10/6/2009	Carpeta de Archivos
Material de Trabajo Juan	G:/General/General/Licitaciones/F Belgrano Cargas	Carpeta	29/7/2009	10/6/2009	Carpeta de Archivos

PC5 – CREADOS – PARTICION 2

Nombre	Encontrado en	Tamaño	Modificado	Creado	Tipo
Thumbs.db	G:/General/General/Varios/Carpetas Desactualizadas 00/Compra a España y Portugal	97 KB	29/7/2009	29/7/2009	Data Base File
Thumbs.db	G:/General/General/Varios/Carpetas Desactualizadas 00/Compra a España y Portugal	5 KB	29/7/2009	29/7/2009	Data Base File
Thumbs.db	G:/General/General/Varios/Carpetas Desactualizadas 00/Compra a España y Portugal	5 KB	29/7/2009	29/7/2009	Data Base File
Thumbs.db	G:/General/General/Varios/Carpetas Desactualizadas 00/Compra a España y Portugal	5 KB	29/7/2009	29/7/2009	Data Base File

PC8 – B- MODIFICADOS – PARTICION 2

Nombre	Encontrado en	Tamaño	Modificado	Creado	Tipo
Tomo # Legislación del proceso li ...	G/General/3/3/Alstom/Material para informe de consultoria/informe 1/ 01 Belgra ...	Carpeta	30/7/2009	16/2/2006	Carpeta de Archivos

No es posible pasar por alto, en este punto, todos los párrafos dedicados en el dictamen fiscal obrante a fs. 343/352 para relativizar aquellas advertencias que habían hecho los profesionales de la UBA acerca del estado del material recibido para estudio, minimizándolas al punto de sostener que lo único que dichos profesionales habían cuestionado era que no se encontraban resguardadas “las tomas de corriente eléctrica de las computadoras”, afirmación que llevó a decir a renglón seguido que “... *para ponerlo 'en roman paladino': es imposible que un solo archivo y mucho menos 7546 documentos sean ingresados por el puerto de alimentación eléctrica ...*”.

A la par de las explicaciones que al respecto brindó el perito PICCIRILLI, no puede soslayarse que las advertencias de los profesionales de la UBA no se limitaron al punto señalado por el Fiscal. Por el contrario, como se dijo antes, el énfasis fue

Poder Judicial de la Nación

puesto en la falta de “*la documentación correspondiente que avale el mantenimiento de la cadena de custodia del material secuestrado en donde se indicase expresamente fechas y horas en que dicho material fue obtenido por primera vez y las fechas y horas en que el mismo fue utilizado en previa/s pericia/s si las hubiere, como así también los métodos informáticos utilizados para evitar la contaminación de la prueba*” (ver fs. 12.318 vta./12.319).

En esas advertencias los peritos de la UBA no se refieren a la ausencia de fajado de los puertos de alimentación eléctrica a los que alude el Sr. Fiscal de Cámara como si sólo eso hubieran dicho, sino a las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que las computadoras secuestradas fueron manipuladas antes de que aquellos peritos las tuvieron a su disposición luego para estudio. Y entre esas circunstancias se encuentra, entre muchas otras que hablan de los rudimentarios métodos empleados por la Policía Federal, una de vital importancia: a diferencia de los peritos de la UBA, que emplearon sistemas bloqueadores de escritura de hardware (marca Tableau, tecnología SCSI, en todos los casos salvo en dos, que se empleó un Live CD de Linux denominado Knoppix) para “...evitar que al acceder a los discos rígidos se inserte información espuria contaminando la evidencia...” (conf. fs. 12.319 y 12.320) los peritos policiales no utilizaron ningún sistema de ese tipo (conf. pericia del Lic. PICCIRILLI de la UTN a fs. 267/284 y del Ing. PRESMAN a fs. 244/248).

De los rudimentarios métodos utilizados por la Policía Federal Argentina para la preservación de la evidencia es muestra también el hallazgo posterior de numerosos “archivos con fecha de modificación anterior a la fecha de creación” lo que resulta una “inconsistencia...inexplicable desde el punto de vista técnico” (ver informe del Lic. PICCIRILLI –Universidad Tecnológica Nacional- a fs. 281 y Anexo VIII al que remite).

Véase además que el propio perito PRESMAN, que citan los Sres. Fiscales, da cuenta en su informe en copia obrante a fs. 244/248 que “...del análisis de los informes técnicos periciales existentes a fs. 1093 y 1098 del Expte. 12446/2008 del Juzgado Federal n° 7, se observa que en ninguno de ellos se describe con claridad las operaciones técnicas utilizadas, herramientas empleadas ni se hace mención a la utilización de bloqueadores de escritura. Tampoco se precisan las fechas en que se realizaron las operaciones...”, como así también que “...las alteraciones a las que se refiere... serían producto de una negligencia operativa en las pericias informáticas efectuadas...”.

Por último, dada la insistencia de los Sres. Fiscales en punto a que ninguno de los archivos creados o modificados durante el período en que las computadoras estuvieron a disposición de la División Apoyo Tecnológico de Policía Federal fueran archivos electrónicos correspondientes a mails o correos electrónicos, se advierte también de la lectura del Anexo VII de la pericia practicada por el Lic. PICCIRILLI de la Universidad Tecnológica Nacional, que ello no sería así, a poco que se repara en el listado correspondiente a la PC6 – ACCEDIDOS – PARTICIÓN 1, y PC6 – CREADOS – PARTICIÓN 1, del citado Anexo VII, entre otros.

No es que cándidamente se pretenda la más alta sofisticación en las prácticas de informática forense (“*se tornan impracticables debido al cúmulo de causas a trabajar y al tiempo que demora aplicar estas recomendaciones en cada caso*” -ver declaración del Inspector Víctor Aquino a fs. 182-) desconociendo las limitaciones que pueden manifestarse en el orden local, sino simplemente que se preserve la prueba (conf. arts. 184, inc. 2º, y 261 primer párrafo, del CPPN) en lugar de contaminarla o poner en duda su contenido mediante operaciones desaprensivas sustraídas al control de las partes. Para mostrar el contraste entre ese proceder irregular y el actuar correcto y respetuoso del derecho de defensa, es forzosa la comparación con el imprevisto que aconteció al momento de practicarse el estudio de la UBA. Relató Rodolfo Baaer que al querer utilizar un dispositivo de hardware bloqueador -para tomar evidencia sin alterarla- se encontraron con que en uno de los casos ese dispositivo no soportaba la tecnología, por lo que, una vez avalado por los peritos de parte, se empleó un software para acceder (ver declaración testimonial a fs. 172/173).

De lo dicho hasta acá se desprende que las prácticas llevadas adelante por la Policía Federal Argentina sobre el material secuestrado contaminaron la evidencia, convirtiendo lo que el juez instructor había considerado una “operación pericial extremadamente simple” y “repetible” en una medida irreproducible. De haberse dado la debida intervención a las defensas para que pudiesen presenciar y controlar aquellas prácticas, tal como sucedió con el estudio de la UBA, el inconveniente podría haberse superado, pero ello no sucedió. 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 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); y que “cuando la ley impusiera alguna *formalidad especial* para su producción, relacionada con el derecho de defensa de las partes, la observancia de ella será también condición *sine que non* para que la prueba que se obtenga pueda ser regularmente incorporada. Por ejemplo, si se tratara de un acto definitivo e irreproducible, se deberá notificar previamente a los defensores (arts. 201)...” (Cafferata Nores, José I. “La Prueba en el Derecho Penal”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 18).

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

Poder Judicial de la Nación

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).

Sin caer en una *moralina judicial* impropia para quien pretende ejercer la magistratura con seriedad, este Tribunal, en su anterior intervención, advirtió las consecuencias que podían derivarse del planteo constitucional que hacía la parte. A ello se debió que encomendase avanzar en el conocimiento de lo sucedido con el material secuestrado.

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. En el presente caso existían dos cosas que resultaba muy sencillo hacer y que se omitieron sin una justificación válida: una notificación a la defensa que manda la ley bajo pena de nulidad (arts. 200, 201 y 258, segundo párrafo, del CPPN) y la preservación adecuada de la evidencia que pretende usarse contra un individuo, exigida también por la ley (arts. 184, inc. 2º, y 261 primer párrafo, del CPPN). Sólo es permitido arribar a la verdad por los medios y en la forma que la ley lo autoriza. Ese es el sentido de las reglas de garantía y si ellas no se han respetado, es misión ineludible de la magistratura, así declararlo (arts. 166, 167, inc. 3º, y ccmts. del CPPN).

Para finalizar, podría recurrir el Tribunal al mismo autor cuya doctrina en parte recoge el Sr. Fiscal de Cámara en su memorial cuando, frente a la pregunta acerca de qué opciones tienen los jueces, Guariglia responde: “*Cuando la justicia penal no está a la altura de su propia retórica y las normas que reglamentan su actuación son circunvaladas o ignoradas sin mayores consecuencias, el derecho simplemente se vuelve deshonesto. Y un derecho deshonesto es un mal derecho*” (Guariglia, Fabricio “Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 124).

Sin embargo, frente al discurso a través del cual, por no hacer caso omiso a lo que la ley manda, se nos recrimina por adelantado “*en roman paladino*” seguir un supuesto “*evangelio*” del “*fundamentalismo garantista*” y utilizar una “*máquina de triturar ... el más elemental sentido de sensatez y raciocinio*” con cuyo uso “*... lo que queda a la vista del ciudadano de a pie son los malhechores victoriosos y una justicia desbaratada ...*” (ver acápite VII del memorial de fs. 343/352), es inevitable señalar que ideas o expresiones como

éstas y otras tantas utilizadas por el Sr. Fiscal, aparecen cuando se acaban los argumentos y se hace necesario ocultarlo alimentando públicamente sospechas o interpretaciones torcidas sobre la intención de los órganos judiciales que -en definitiva- hacen respetar el ordenamiento jurídico.

En el “*roman paladino*” que utilizó la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación “... *demasiados problemas han ocasionado a la república las represiones ilegales del pasado para que ahora se intente la represión de los delitos contra la administración o que perjudiquen el erario público por caminos aparentemente revestidos de legalidad pero en definitiva ilegales ... con el agravante de provenir de los encargados de asegurar el imperio del derecho y la consiguiente paz social. No es cuestión de satisfacer a la opinión pública presentándose como adalides de la lucha contra la corrupción administrativa sino de aplicar rigurosamente el ordenamiento jurídico, sancionando mediante la utilización de los medios legítimos suministrados por el derecho, a aquéllos que lo violan ...*” (sentencia S.471.XXXVII, del 20/12/2001).

5º) En cuanto a los efectos de la nulidad que habrá de decretarse, ella queda limitada a la evidencia recogida en las pericias practicadas a fs. 1093/1095 y fs. 1097/1099, y a lo actuado en consecuencia, en especial, la pericia realizada a fs. 12.318/12.323, pero en modo alguno afecta la validez de la causa.

La investigación por enriquecimiento ilícito del imputado Jaime y sus consortes de causa deberá proseguir con lo que resulte de las múltiples probanzas ya existentes en la causa o que se alleguen a ésta en el futuro, y que resultan independientes a la obtenida en dichas pericias (art. 172 del CPPN).

Por lo expuesto, corresponde por confirmar la anulación de los peritajes producidos a fs. 1093/1095 y fs. 1097/1099 por la Policía Federal y a fs. 12.318/12.323 por la UBA (con sus respectivos anexos), debiendo proseguirse con la investigación del delito de enriquecimiento ilícito denunciado.

En mérito de los argumentos expuestos, el Tribunal RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución de fs. 288/309 en cuanto anula los peritajes producidos a fs. 1093/1095 y fs. 1097/1099 por la Policía Federal y a fs. 12.318/12.323 por la UBA (con sus respectivos anexos), debiendo proseguirse sin esos elementos con la investigación del delito de enriquecimiento ilícito denunciado.

Regístrese, hágase saber a la Fiscalía de Cámara y devuélvase al Juzgado de Primera Instancia para que se cumpla con el resto de las notificaciones.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

Jorge L. Ballesterio

Eduardo G. Farah

Ante mí: Eduardo Ariel Nogales – Prosecretario de Cámara.