

## Elevacion A Juicio Planteo De Nulidad Del Requerimiento

### JURISPRUDENCIA

### Elevación a juicio. Planteo de nulidad del requerimiento

Se

confirma la decisión que no hizo lugar al planteo de nulidad del informe remitido por ?National Center for Missing and Exploited Children? que dio origen a las actuaciones en las que se investiga la posible comisión del delito previsto en el artículo 131 del Código Penal. Se rechaza el planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio, por considerar que no se advierte una deficiencia descriptiva de la conducta atribuida que conduzca a afirmar la vulneración al derecho de defensa en juicio.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 23 días del mes de noviembre de 2017, se reúnen los integrantes de la Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, Elizabeth A. Marum, José Saez Capel y Marcelo Pablo Vázquez, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensoría obrante a fs. 31/36, de la que RESULTA: I. Que a fs. 7/ 11 obra el requerimiento de elevación a juicio elaborado por el Fiscal interinamente a cargo de la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas nro. 7, en el que le imputó a R., C. que entre el día 17 de mayo de 2014, a las 19.49:01, y el 18 de mayo de 2014, a las 01:34:53, utilizando el nombre ??? en la red social S., vinculado al correo electrónico \*\*\*, con nro. de abonado \*\*\*, contactó a L., M. (DNI: \*\*\*), de \* años de edad, quien utilizaba el usuario ??? de la misma red social, con correo asociado \*\*\*, con el propósito de cometer un delito contra su integridad sexual, al referirle expresiones tales como ?Tienes un cuerpo perfecto sabés?, ?Ya sabe cuando necesite un médico puedo contar conmigo, je?, ?Tiene un cuerpo muy lindo?, ?Deje verla?, ?Q me deje verla acostadita?, ?Y como es su ropa interior?, ?Que ganas de verla?, ?Y su ropa interior es chiquita o grande?, ?Pone en compartir foto y se toma una y me la envía?, ?Me quede con ganas de verla así acostadita en ropa interior?, ?No quisiera un poco de compañía?, ?Tienes un cuerpazo?. Ello así, la conducta fue calificada como constitutiva del delito previsto en el art. 131 CP. II. Que a fs. 14/18, la Defensora Oficial, Andrea Demarco, plantea la nulidad de la ?notitia criminis?. Sostiene que el informe remitido por ?National Center for Missing and Exploited Children? (NCMEC) en el marco del acuerdo para el Acceso Remoto a CyberTipline celebrado entre la organización de mención y el Ministerio Público Fiscal de CABA (Resolución FG nro. 435/2013), fue obtenido en una clara violación de los derechos constitucionales (art. 18 y 19 CN), observándose una interceptación de datos privados sin la debida autorización judicial. Expresa que el reporte nro. 2488175 emanado por la organización mencionada, importa la apertura de correspondencia protegida en los términos de la Constitución Nacional, encontrándose alcanzado por la regla que ampara la privacidad, debiéndose proceder a la interceptación de los datos y contenido del mismo bajo orden de un juez competente mediante auto fundado. Por lo que entiende que cabe declarar la nulidad del mencionado informe como así también todo lo obrado en consecuencia (entre ellos las audiencias de intimación del hecho y el requerimiento de juicio interpuesto por el Ministerio Público Fiscal). III. Que a fs. 25/29vta. obra el acta de audiencia en la que se debatió la nulidad antes planteada. Al momento de resolver, el Sr. Magistrado, Dr. Jorge C. Casas, no hizo lugar a la nulidad del informe NCMEC, introducido por la Defensora Oficial, refiere que no encuentra afectación alguna a la intimidad de las personas, en tanto en primer lugar hay una voluntariedad manifiesta de aceptación en los términos de usos de esa red. Entiende que no estamos frente a un caso en que se reveló información privada que no tiene relevancia jurídica para nadie, sino ante un caso en que la información que se detectó, tenía que ver con la posibilidad de una niña víctima, y por lo tanto ese interés superior del niño que estamos llamados a proteger, hace que ni siquiera debamos analizar la situación de si la aceptación del contrato de adhesión fue en una situación de mayor exposición frente a una empresa con mayor poder en los términos civiles. Que se remite a las políticas de seguridad y términos y usos de la red social S., donde queda aclarado incluso la protección de víctimas de abuso. Por último, refiere que no encuentra forma en que un usuario de la red social, al aceptar estos términos y luego elegir llevar a cabo ciertas conductas que lo colocan en una situación de ser investigado por una posible afectación a los derechos de un niño, pueda entender que hay afectación a garantía alguna. IV. Que a fs. 31/36, la Defensora Andrea Demarco, apela la mencionada decisión y reitera los argumentos esgrimidos al momento de plantear la nulidad. Agrega que esa defensa no desconoce el compromiso asumido por el Estado Argentino para prevenir y sancionar conductas ilícitas en protección de la integridad sexual de los niños, consagrada por la Convención de los Derechos del Niño, pero que dicho instrumento no puede ir en desmedro de derechos consagrados. Expresa que si bien su asistido debió aceptar los términos y condiciones para utilizar la red social S. señala que se trata de un contrato de adhesión. Que las partes no negocian sus cláusulas ya que una de ellas, fundada en su mayor poder de negociación predispone el contenido y la otra adhiere. V. Que a fs. 42/44 contesta vista el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Eduardo Javier Riggi. Sostiene que el recurso es inadmisibles pues la apelante no logró demostrar el gravamen irreparable que haga viable el recurso intentado. Refiere que el reporte que dio origen a las actuaciones no vulnera norma constitucional alguna en tanto la interceptación de ciertos datos de interés no sólo se encuentra prevista en las políticas de privacidad de la entidad donde se abrió la cuenta, sino que

se efectuó en cumplimiento del acuerdo suscripto entre el Ministerio Público Fiscal y el "NCMEC", a los efectos de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas. VI. Que a fs. 46/48vta. contesta la vista el Sr. Defensor ante la Cámara, Dr. Emilio Antonio Cappuccio y expresa que comparte la expresión de agravios y los fundamentos desarrollados por su colega de grado. Refiere que la "notitia criminis" debe ser el puntapié para indagar y averiguar lo sucedido, y no -como sucede en autos- la causa suficiente para someter a alguien a la "pena de banquillo". Lo contrario tornaría inoperante el principio de presunción de inocencia, la garantía de defensa en juicio y el principio onus probando, que pone la carga de la prueba en manos de la acusación. Asimismo plantea la nulidad del requerimiento de juicio, sostiene que la fiscal de grado se ha limitado a transcribir la fórmula legal escogida, sin detallar ni mencionar, concretamente, cuál sería el "delito contra la integridad sexual" que habría tenido en miras su asistido a partir de las conversaciones mantenidas con la presunta víctima. VII. Que a fs. 50 pasan los autos a resolver. PRIMERA CUESTIÓN: El remedio procesal fue interpuesto en tiempo y forma, por quien se encuentra legitimado a tal fin. Asimismo, dicha pieza procesal cuestiona la decisión del juez que no hace lugar al planteo de nulidad del informe NCMEC. Al respecto, cabe expresar que las decisiones que admiten o rechazan planteos de nulidad ocasionan un gravamen de insusceptible reparación ulterior, en los términos del art. 279 CPP CABA (Causas N° 17841-00-CC/2011 "Cottone, Andrea Natalia Esther s/infr. art. 149 bis CP", rta. el 22/3/2012, N° 1272-02-CC/2012 "Incidente de Apelación en autos Moreno, Carlos Alberto s/infr. art. 183 y 150 (p/ L2303) CP", rta. el 30/7/2012; N° 44417 -00-00/2010 "Otero Cristian Pablo s/infr. art. 149 bis CP" Apelación, rta. el 5/9/2012; entre otras). Por lo expuesto el recurso de apelación debe ser declarado admisible. SEGUNDA CUESTIÓN: En primer lugar, cabe recordar la postura que ha venido sosteniendo esta Sala en numerosos precedentes en materia de nulidades, 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; N° 01-02-CC/06 Incidente de sanción disciplinaria en autos "Fuenzalida, Mario s/art. 189 bis", rta. el 02/9/09; N° 22567-00-CC/08 "Sena, Walter s/art. 149 bis", rta. el 10/8/09, N° 14373-00-CC/2010 "Silva, Roberto Francisco s/infr. art. 149 bis CP -Apelación", rta. el 28/12/2010; entre muchas otras), pues lo contrario conllevaría al dictado de la nulidad por la nulidad misma, lo que resulta inaceptable. I. Planteo de nulidad del informe NCMEC La defensa sostiene que el informe remitido por "National Center for Missing and Exploited Children" (NCMEC) en el marco del acuerdo para el Acceso Remoto a CiberTipline celebrado entre la organización de mención y el Ministerio Público Fiscal de CABA (Resolución FG nro. 435/2013), fue obtenido en una clara violación de los derechos constitucionales (art. 18 y 19 CN), observándose una interceptación de datos privados sin la debida autorización judicial. Expresa que el reporte nro. 2488175 emanado por la organización mencionada, importa la apertura de correspondencia protegida en los términos de la Constitución Nacional, encontrándose alcanzado por la regla que ampara la privacidad, debiéndose proceder a la interceptación de los datos y contenido del mismo bajo orden de un juez competente mediante auto fundado. Al respecto, coincidimos con lo manifestado por el Fiscal de Cámara en cuanto sostiene que el reporte que dio origen a las actuaciones no vulnera norma constitucional alguna, en tanto la interceptación de ciertos datos de interés no sólo se encuentra prevista en las políticas de privacidad de la entidad donde se abrió la cuenta, sino que se efectuó en cumplimiento del acuerdo suscripto entre el Ministerio Público Fiscal y el "NCMEC", a los efectos de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas. Que de la simple lectura de las políticas de privacidad de la red social "S.", surge claramente que la empresa se reserva el derecho de revelar información aportada por el usuario a las autoridades que considere apropiadas en caso de que considere que una de las partes puede estar siendo víctima de abuso en cualquiera de sus formas, incluido el abuso infantil. A ello se aduna que la resolución de Fiscalía General nro. 435/2013 (de fecha 12 de noviembre de 2013) y su correspondiente anexo, que da cuenta del Acuerdo celebrado entre el Centro Nacional para Niños Desaparecidos y Explotados (cuyas siglas en inglés son "NCMEC") y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En este sentido, la resolución establece que el "NCMEC" es una organización sin fines de lucro con sede en los Estados Unidos de América. Esta institución ha recibido apoyo del Congreso de los EE.UU. con el fin de construir una respuesta internacional coordinada e intercambiar información respecto a la problemática de los niños desaparecidos y explotados sexualmente. Asimismo, ha obtenido autorización para establecer el Cyber Tipline, la cual proporciona un mecanismo centralizado donde los proveedores de servicios de internet reportan actividades sospechosas relacionadas a la explotación sexual de niños. Que en este sentido se acompañó el proyecto del acuerdo mencionado, cuyo objeto consiste en definir los estándares para que este Ministerio Público Fiscal pueda establecer una conexión remota con la red virtual

interna privada (el ?Servicio VPN?) de NCMEC, con el fin específico de descargar informes de Cyber Tipline generados por la División de Niños Explotados de NCMEC (?Informes CyberTipline?). En consecuencia, no sólo el usuario que utiliza su cuenta en ese sitio debe aceptar los términos y condiciones del servicio -entre los que se incluyen las políticas de privacidad que permiten compartir el contenido de su actividad cuando ello sea susceptible de configurar un ilícito-, sino que el Ministerio Público Fiscal -en virtud del acuerdo anteriormente celebrado con el ?NCMEC?- tiene acceso a dicha información, a los efectos de radicar la denuncia penal pertinente (vale recordar que la investigación por la presunta comisión de los delitos previstos en el art. 131 del CP, se inicia de oficio, conforme dispone el art. 71 CP.). Por último, vale recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño (que la República Argentina ratificó mediante ley 23.849) establece en su art. 19.1 que ?Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo?, mientras que el art. 34 dispone: ?Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Parte tomarán, en particular, todas las medidas de carácter racional, bilateral y multilateral que sean necesarios para impedir: a) La iniciación o coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución y otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos?. Que lo expuesto, no significa defender la revisión y utilización del contenido de los correos electrónicos que enviamos y recibimos a diario. Lo que se quiere reforzar, es el compromiso asumido por el Estado Argentino a los efectos de prevenir y sancionar ciertas conductas ilícitas y subrayar que dicha actividad persecutoria se encuentra respaldada por el instrumento internacional mencionado que protege la integridad sexual del niño menor de edad. Siendo así cabe rechazar el planteo de nulidad impetrado por la defensa. II. Planteo de nulidad del requerimiento de juicio Ahora bien, en cuanto al planteo de nulidad del requerimiento fiscal de elevación a juicio introducido por el Defensor de Cámara, cabe señalar que su invalidez ?es una medida extrema que solo debe ser adoptada cuando se verifica una limitación o afectación relevante del derecho de defensa del imputado? (Expte. 2620/03 ?Ministerio Público-Defensor en lo Contravencional N° 1- s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Oniszczyk, Carlos Alberto s/ ley 255?, rto. el 13/05/04, del voto de la Dra. Ana María Conde). El Dr. Emilio Cappuccio sostiene que la fiscal de grado se ha limitado a transcribir la fórmula legal escogida para calificar el hecho imputado, sin detallar ni mencionar, concretamente, cuál sería el ?delito contra la integridad sexual? que habría tenido en miras su asistido a partir de las conversaciones mantenidas con la presunta víctima. Ahora bien, de la lectura del requerimiento se desprende con claridad que se le atribuye a René Xavier Farfán Cárdenas haber contactado -entre el día 17 de mayo de 2014, a las 19:49:01 y el 18 de mayo de 2014, a las 01:34:53 hs, utilizando el nombre ?\*? en la red social Skout, vinculado al correo electrónico r\*\*\*\*, con número de abonado \*\*\*- a L. (DNI \*\*\*\*), de \* años de edad, quien utilizaba el usuario ?C\*? de la misma red social, con correo asociado \*\*\*\*, con el propósito de cometer un delito contra su integridad sexual, al referirle expresiones tales como ?Tienes un cuerpo perfecto sabes?, ?Ya sabe cuando necesite un médico puedo contar conmigo je?, ?tiene un cuerpo muy lindo?, ?Deje verla?, ?Q me deje verla acostadita?, ?Y como es su ropa interior?, ?Que ganas de verla?, ?Y su ropa interior es chiquita o grande?, ?Pone en compartir foto y se toma una y me la envía?, ?Me quede con ganas de verla así acostadita en ropa interior?, ?No quisiera un poco de compañía?, ?Tiene un cuerpazo?. Ése es el sustrato fáctico que resulta ser materia de reproche. En torno a la calificación jurídica que el acusador público asignó al hecho materia de acusación, es decir la configuración del delito previsto en el art. 131 CP, es menester señalar que, esta figura penal, conocida como grooming, se incorporó al código penal mediante la ley 26.904 (B.O. 13/11/2013) y establece que: ?Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma?. En relación al elemento requerido por la figura penal respecto a que el contacto sea ?con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual?, puede ser caracterizado, a partir de la dogmática penal, como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo. Estas exigencias han sido definidas como elementos subjetivos que exceden el puro querer la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esa realización (Zaffaroni- Alagia-Slokar, ?Derecho Penal -Parte General?, Ed. Ediar, Bs. As., 2000, pág.517). A su vez, la presencia de estos elementos condujeron al surgimiento de la categoría: ?delitos de intención?, en ellos, como el que aquí nos convoca, el autor tiene en vista un resultado que no necesariamente- y a veces nunca- debe alcanzar (Zaffaroni-Alagia-Slokar, ob. cit., pág. 519). De lo expuesto no se trata entonces de delitos de sencilla prueba y en la descripción acusatoria no hay mucho más que prometer la comprobación de que, a partir del contenido de los contactos y las características del contexto (que si constituyeron elementos objetivos), es posible arribar a la certeza de que existía aquella finalidad, ese deseo de obtener el resultado, más allá, como se dijo, de su efectiva materialización. En el caso, y teniendo en cuenta las pruebas señaladas en la requisitoria de elevación a juicio el

representante del Ministerio Público Fiscal está dispuesto a acreditar este ánimo en el imputado. Sin perjuicio de ello, la defensa tendrá la posibilidad de cuestionar o resistir la acusación durante la audiencia de juicio. En conclusión, y según se desprende de las constancias de las actuaciones, la Defensa pudo tener acceso a las pruebas recabadas durante la investigación preparatoria y estar presente en la audiencia donde se discutió su procedencia en relación a los fines que con cada una de ellas se pretende probar. Siendo así, y más allá de la mayor o menor solidez de la pieza cuestionada, no se advierte que la defensa técnica se encuentre impedida de resistir la acusación durante la audiencia de juicio. En torno a esta cuestión, resulta atinente el voto de la Sra. Juez del Tribunal Superior de Justicia Alicia E.C. Ruiz en el precedente "Ministerio Público - Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas n° 1 s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/ art. 47 CC -apelación-", donde se señaló que mediante el requerimiento de juicio "(...) [E]l fiscal se debe limitar a evaluar los elementos probatorios existentes hasta el momento y si considera que son suficientes para enviar la causa a juicio, como ha sucedido en este caso, así lo solicitará. Ese requerimiento de la parte acusadora podrá ser ampliamente debatido, cuestionado y refutado por el imputado y su defensor ante los órganos judiciales que resolverán en definitiva el caso. En contra de lo sostenido por el defensor, el fin principal de la acusación del ministerio público fiscal es expresar una imputación correctamente formulada, de modo tal que el imputado tenga la posibilidad de defenderse en el juicio en forma eficiente" (Expte. n° 3996/05, del 14/9/2005). Como venimos señalando, el requerimiento de juicio cumple con tal condición. Así, no se advierte en el caso particular, por sus características, una deficiencia descriptiva de la conducta atribuida que conduzca a afirmar la vulneración al derecho de defensa en juicio. En consecuencia, al no verificarse la afectación cabal del derecho constitucional, se impone el criterio restrictivo para el dictado de nulidades procesales. Con lo expuesto corresponde rechazar el planteo de nulidad introducido por el Defensor de Cámara. En base a todo lo expresado, este Tribunal, RESUELVE I.CONFIRMAR la decisión del juez de grado, obrante a fs. 25/29vta. en cuanto no hace lugar al planteo de nulidad del informe NCMEC, introducido por la Defensora Oficial. II. NO HACER LUGAR al planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio impetrado por el Defensor de Cámara. Regístrese, notifíquese mediante cédula con carácter de urgente, y oportunamente remítase al Juzgado de Primera Instancia interviniente, a sus efectos.

023818E