

Causa nº 29815/III

“MERIDA, MAXIMILIANO S/ ELEVACIÓN A JUICIO”

San Isidro, 3 de diciembre de 2015

AUTOS Y VISTOS:

Para resolver el recurso de apelación concedido a fs. 48.

Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el siguiente orden: Jueces Gustavo Adrián Herbel, Celia Margarita Vázquez y, para el caso de disidencia, Carlos Fabián Blanco (Conf. art. 440 del C.P.P. y acuerdo ordinario N° 1786).

Y CONSIDERANDO:

El Juez Herbel dijo:

I.- Admisibilidad. El recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado Maximiliano Mérida a fs. 2/9vta. (Dr. José Luis Fiorentino) contra la elevación a juicio de las actuaciones – obrante a fs. 19/30 - debe ser declarado admisible, pues ha sido presentado en término (ver cédula de fs. 45/46), el impugnante posee legitimación personal, el caso encuadra en el supuesto para el cual se otorga esta vía recursiva y han sido observadas las formas requeridas para su interposición (arts. 337 *in fine*, 421, 433, 439, 442 y ccdtes. del C.P.P. según ley 11922 y sus modificatorias).

II.- El auto apelado. El Juzgado de Garantías N° 4 decidió elevar las actuaciones a juicio tras hallar al imputado probable autor penalmente responsable de los dos hechos atribuidos, descripto por el Ministerio Público Fiscal de la siguiente manera:

HECHO 1: *“Que el día 13 de julio de 2013 aproximadamente a las 17.30 horas, el aquí imputado Maximiliano Mérida, mientras se hallaba en su domicilio sito en Cjal. M. Ramella 3089, Morón, Provincia de Buenos Aires, envió un mail desde su correo electrónico maximiliano.merida@hotmail.com empleando el usuario maxi marida al correo electrónico de mariana_zarate_503@yahoo.com.ar que decía “contáctame” y le consignaba un link de Facebook, mail que tenía un archivo adjunto con la foto de un menor haciendo sexo oral a un hombre de edad adulta – consignado a fs. 11/17, divulgando o distribuyendo a través de Internet de este modo imágenes de contenido pornográfico de menores de 18 años”.*

HECHO 2: *“el día 26 de agosto de 2014 a partir de las 11.30 horas en ocasión de llevarse a cabo la diligencia de allanamiento dispuesto por el Sr. Juez a cargo del Juzgado de Garantías nº 4 departamental, en la presente causa por personal de la División Delitos Tecnológicos de la Policía Federal Argentina, en el domicilio del encausado sito en Cjal. M Ramella 3089, Morón, Provincia de Buenos Aires, se hallaron en su computadora de escritorio varias imágenes de contenido pornográfico de menores de 18 años algunas de las cuales son las fotografías de fs. 95/102”. (Conf. acta de declaración del imputado de fs.106/107 y requisitoria de elevación a juicio de fs. 175/177, ambos del ppal.).*

Para así decidir, invocó las siguientes pruebas (las fs. corresponden al expediente principal):

a) La denuncia de fojas 1/vta. y la declaración juramentada de fojas 10, donde la mencionada Mariana Zárate cuenta todo lo relativo a la recepción del mail bajo investigación.

b) Las captura de pantalla de fs. 2 y 11/16 donde se aprecia la dirección de mail desde la que habría sido remitida la fotografía en cuestión (maximiliano.merida@hotmail.com) , el archivo adjunto – cuya copia del contenido obra a fs. 3 y 17-, el número de dirección de IP desde el que se habría efectuado dicho envío (186.134.7.120) y la bandeja de entradas de la casilla de correo de la denunciante de autos en el que se visualiza el ingreso de dicho mail.

c) Las actuaciones de fs. 18/19 y 30/31 dando cuenta de que la señalada dirección de IP es de la empresa Telefónica de Argentina y se encuentra asignada al domicilio de la calle Cja. M. Ramella Ex Samborombom n° 3089 CP 1708 Morón, provincia de Buenos Aires.

d) Acta de allanamiento de fojas 79/81, en la que se documentó que el 26 de agosto de 2014 personal de la división de delitos tecnológicos de la policía federal argentina encontró, almacenadas en la computadora existente en el lugar - sin efectuar ninguna diligencia que dañara el sistema -, fotografías con contenido pornográfico de personas menores de edad, las cuales exhibían sus partes íntimas, y en su historial de navegación fue habida, asociada al mismo, la cuenta de correo electrónica antes precisada.

e) La pericia tecnológica de fs. 178/180, que concluyó que en la CPU secuestrada “se encontró contenido pornográfico”.

Se respondieron asimismo diversos **pedidos de nulidad**. En cuanto al pedido de **nulidad del acta de allanamiento** en lo referente a lo hallado en el **CPU** del dormitorio de Mérida, por no haber estado **autorizada dicha búsqueda** en la orden de allanamiento, respondió el a quo: *“no advierto que la prevención que intervino en la medida objeto de análisis haya excedido el objeto de la misma, a simple vista se observa que la misma se encontraba orientada “al secuestro de imágenes”, a partir de ello considero que la intervención que efectuaron los funcionarios sobre el señalado artefacto se encuentra justificada; más aún si se tiene en consideración que tales maniobras fueron realizadas con el debido cuidado a los efectos de preservar el sistema. / De tal forma considero que las imágenes que lucen a fojas 3, 17, 95/102, 135/141, no han sido obtenidas de manera indebida, por lo que no corresponde declarar la nulidad de las mismas”*.

Al pedido de **nulidad** de la referida acta de allanamiento, por no haber firmado **todos los intervinientes ni justificarse tal omisión**, se respondió: *“no se observa que la defensa técnica del aquí encausado haya explicitado cuál es el perjuicio que los vicios alegados han provocado en los derechos fundamentales de su asistido o en el ejercicio de su ministerio; en tal sentido, el asesor técnico solo formula una mención genérica de las mismas. / El acta cuestionada, la cual obra a fojas 79/81, reúne los requisitos exigidos por los artículos 117 y 118 del C.P.P., mas no aprecio ninguna de las circunstancias establecidas en el art. 119 del mismo ordenamiento legal que permitan considerar que la misma se encuentra viciada de nulidad. / Es relevante*

destacar que dicha norma exige que el acta sea firmada por los intervinientes legalmente obligados a tal fin, mas no de todas aquellas personas que se encuentren en el momento de desarrollarse el acta plasmado en el instrumento [sic]; por ende, teniendo en consideración lo sostenido por el requirente, en cuanto a que se omitió consignar la presencia de todas las personas que se hallaban en el lugar, cierto es que ello no se presenta como una causal de nulidad, máxime cuando no se verifica a partir de tal circunstancia perjuicio alguno para el imputado”.

Con respecto al pedido de **nulidad** del acta por no haber firmado el **imputado**, presente durante el allanamiento, se respondió que, sumado a lo dicho en el párrafo precedente, *no se advierte que esa circunstancia constituya una alteración que “enderezó la investigación en su contra”, como se pretende.*

En cuanto a la nulidad del **secuestro** documentado en el acta (que no se le dé valor a los denominados secuestros 1 y 2), por no existir constancias de que hayan sido convenientemente lacrados, sellados y firmados por todos los intervinientes en el procedimiento, como así tampoco satisfechos los recaudos del art. 226 CPP, respondió: *“no emerge de la pieza procesal en la que tal procedimiento [el secuestro] fue documentado defecto alguno concerniente a la preservación de los elementos secuestrados, por el contrario estimo que se ha obrado conforme las previsiones del art. 226 párrafo segundo del C.P.P. / Obsérvese que de la señalada acta emerge que los elementos secuestrados fueron*

individualizados de manera pormenorizada e identificados como secuestro 1 y 2; siendo que en el caso de la CPU fue colocada en el interior de una caja, resguardándose la prueba digital bajo los protocolos establecidos por la división de delitos tecnológicos, mientras que los restantes elementos fueron envueltos colocados en un sobre de papel madera. Luego de estos se dejó constancia que se entabló comunicación telefónica con el titular de la fiscalía actuante, quien tomó conocimiento de lo actuado. / A lo expuesto se debe agregar que dicho personal fotografió los elementos secuestrados y el domicilio objeto de la medida. / Del acta que obra a fojas 82 se aprecia que los elementos habidos en la vivienda en cuestión fueron puestos a disposición de la fiscalía actuante el mismo día en el que se efectuó la ya indicada intervención, esto es el 26 de agosto de 2014. / Resta indicar en tal sentido que tanto del acta en la que se plasmaron los secuestros referidos como del resto de las actuaciones que integran la presente, no emerge dato objetivo que me permita dudar o descreer de las circunstancias allí consignadas por el personal policial actuante, como así tampoco del modo en el que fueron preservados tales elementos”.

En cuanto al pedido de **nulidad** de la **pericia informática**, por haberse notificado erróneamente la fecha de su realización, respondió el a quo que, sin perjuicio de que efectivamente existió tal error, lo cierto es que: *“ni la defensa ni su asistido efectuaron indicación u objeción alguna respecto de las operaciones realizadas sobre el material peritado y sus conclusiones, las cuales se encontraban acabadamente precisadas en el informe que luce*

a fojas 178/180, circunstancia esta que adquiere mayor relevancia si se tiene en consideración que el letrado defensor resaltó que su pupilo procesal es “estudiante de ingeniería en sistemas”; de tal modo se colige que la sanción pretendida por el defensor versa únicamente sobre la ineficaz notificación que les cursó el Ministerio Público Fiscal. / [...] [L]a diligencia producida en autos [por otro lado] no resulta irreproducible sino que, por el contrario, esta puede llevarse a cabo nuevamente. Incluso tanto las técnicas periciales desarrolladas sobre el objeto en cuestión como las conclusiones a las que se arribó a partir de ellas resultan pasibles de revisión. / Sentado cuanto precede, advierto que en el caso de avanzar la presente pesquisa a la siguiente etapa, la defensa cuenta con facultad suficiente para solicitar la realización de un nuevo examen pericial, máxime si se tiene en consideración que el sustrato origen del cuestionado estudio fue debidamente preservado, conforme surge de la parte final del informe de fojas 179”. Cita a continuación un párrafo de un fallo de la Sala IIda. del Tribunal de Casación Penal de esta provincia, según el cual, no obstante la sanción de nulidad prevista en el art. 247 del C.P.P, ella solo resulta aplicable cuando la pericia verse sobre “efectos irreproducibles, pues sólo en dichos casos existiría una imposibilidad material de realizar un nuevo examen pericial, frustrándose de esa forma los derechos del imputado”. Citó asimismo un párrafo de otro fallo del mismo Tribunal según el cual para declarar la nulidad se requiere “demostrar qué facultades no pudieron

ejercerse, como así también cómo dicha imposibilidad generó, a la vez, un perjuicio al imputado”.

Hubo asimismo **planteos subsidiarios de falta de prueba de autoría y de tipicidad** de los hechos imputados. En cuanto que no existe **prueba** de que fuera su asistido quien envió el mail (**Hecho 1**), más allá de que se hiciera desde su computadora, ni de que él tuviera conocimiento de la imagen pornográfica adjunta, se respondió que a partir de los elementos antes mencionados (denuncia y testimonial de Mariana Zárate, capturas de pantalla, información relativa al domicilio desde donde salió el mail, acta de allanamiento y secuestro, y pericia informática), *“no puedo descartar con el grado de certeza exigido en este estadio, que ha sido el encausado quien envió el material pornográfico o que desconocía que el archivo adjunto que contenía el correo enviado, contenía tal imagen; como así tampoco que las imágenes ya precisadas eran detentadas por est[e] con el objeto de distribuirlas. Ello adquiere mayor relevancia si se tiene en consideración que el encausado conforme lo expresado por su letrado posee conocimiento en informática”.*

En cuanto a la **tipicidad**, el señor defensor había dicho al oponerse a la elevación a juicio que no puede hablarse de divulgación de la imagen en cuestión, pues la acción de divulgar – que es la imputada – consiste en *“difundir las imágenes pornográficas sin control sobre el número ni la totalidad de los usuarios o destinatarios de este material”* (Conf. Gustavo E. Aboso, “Delito Penal Sexual” y un fallo citado en la obra “El código penal y su

interpretación en la jurisprudencia”, de Donna, de la Fuente, Maiza y Piña), mientras que “el ´chateo´ es una comunicación [...] de persona a persona” y no se han constatado otros envíos de este tipo. Dijo asimismo que, respecto al hecho 2, no está probada la finalidad de distribución o comercialización, de modo que no resulta aplicable el imputado art. 128 párr. 2º del CP. La simple tenencia o posesión de ese material no ha sido incriminada y es un acto privado protegido por el art. 19 de la CN.

A estos planteos se respondió: “[N]o puedo descartar con el grado de conocimiento requerido por este estadio procesal, que no ha sido el aquí imputado quien envió [el mail] [...], distribuyendo de tal modo imágenes pornográficas de menores de edad./ [T]ampoco se puede afirmar con el señalado grado de conocimiento, que las imágenes pornográficas de menores de edad que contenía el CPU secuestrado en el domicilio allanado y en el que se produjo la aprehensión del causante, no eran detentadas por este con la finalidad de distribuirlas; lo que adquiere mayor relevancia si se tiene en consideración que dicho artefacto además registraba de forma asociada la cuenta de email maximiliano.merida@hotmail.com” .

III.- El recurso. Se agravia el recurrente de que se dijera que la defensa no explicó qué perjuicio le habría causado la falta de firma del acta de allanamiento por parte de todos los intervinientes. A su entender, lo relevante es que ese vicio existió y que en el acta no se ha explicado por qué no firmaron todas esas personas. Además, al no rubricar el acta, el

imputado *“fue privado de participar en las instancias de dicha requisa e inspección de su computadora, con serio menoscabo al derecho de defensa”*

Se agravia de lo mismo respecto de la falta de constancia de que los efectos secuestrados hayan sido debidamente lacrados, y aclara que el protocolo referido por el *a quo* no se encuentra detallado en el acta, que su cumplimiento *“no pudo ser controlado por la defensa”* y que ese protocolo *“es condición necesaria pero no suficiente para garantizar el control de la bilateralidad”*.

En cuanto al rechazo al pedido de nulidad de la pericia informática, se agravia de lo mismo por cuanto sí explicitó el perjuicio, a saber, que la incorrecta notificación *“les impidió presenciar y controlar la realización de esa pericia”*. Y es claro, sostiene, que es *“materialmente imposible”* hacer objeciones a las operaciones realizadas –especialmente las relativas a la *“apertura/análisis/extracción de evidencias y sus datos”* - dado que no se las pudo presenciar debido a la errónea fecha consignada en la notificación. Se trata, además, de una nulidad de tipo *“absoluta”*; de las que se encuentran previstas en el art. 202 inc. 3° del CPP. El art. 247, por lo demás, es claro en el sentido de que la pericia es nula si, como ocurrió en autos, no se notificó previamente la resolución que la dispuso, impidiendo a la parte presenciar su realización.

“Es cierto –prosigue al respecto el recurrente - [...] que se trataría, por definición, de una pericia repetible. Claro está, siempre que no haya existido manipulación indebida de los soportes (hardware) o de sus contenidos. Y allí

el quid que hace a la bilateralidad: nunca existió el mentado control, en su doble faz: técnica/jurídico-procesal"

Se queja asimismo del rechazo a su pedido de nulidad del secuestro de las supuestas imágenes obtenidas de la computadora del imputado, señalando que al respecto que el a quo *"se limitó a opinar que no advertía exceso de actuación en el objeto de la medida, sin entrar en mayor análisis del contenido de la orden ni en el de la actuación policial, justificando la actuación de la prevención en los cuidados y recaudos tomados para preservar el sistema.*

En su momento (oposición) hemos dicho que V.S. en modo alguno ordenó o autorizó al personal policial a inmiscuirse en la CPU del Sr. Mérida [...] La orden de secuestro de la computadora (CPU) ya estaba dada, y era clara; no había necesidad de internarse en el navegador de internet o en los distintos archivos. De todo esto nada dijo el juez de grado [...]". "La simple búsqueda aludida por el personal policial en el acta no es equiparable a la doctrina de la "simple vista" (plain view doctrine) [...] las operaciones encaminadas a hallar las imágenes en el computador exigen un trabajo técnico que debe realizarse bajo las formalidades de la ley, esto es, mediante operaciones técnicas compatibles con un peritaje [...]"

En otro orden, se queja de lo que considera una falta de respuesta a sus planteos de falta de prueba de participación de su asistido en los hechos imputados y de falta de prueba del elemento subjetivo en estos hechos (fines

de divulgación/comercialización), como así también de que se considerara suficiente para el segundo delito la simple tenencia de las imágenes.

En cuanto a lo primero, reitera que aun cuando haya prueba de que el mail salió de su computadora, no hay prueba de que lo hubiese enviado él, y mucho menos *“que haya tenido conocimiento de la imagen pornográfica adjunta”*. En cuanto a lo segundo, reitera que “el chateo es una comunicación *one-to-one*, es decir, de persona a persona, que no está alcanzada por el concepto de difusión que implica una comunicación plural (*one-to-many*)”. La calificación atribuida al hecho 1 *“consiste en difundir las imágenes pornográficas sin control sobre el número ni la identidad de los usuarios o destinatarios”* (vuelve a citar el libro de Gustavo E. Aboso). Por último, y respecto del hecho 2, señala que no están acreditados los fines de distribución o comercialización que, “inequívocamente”, deben estar presentes para que pueda aplicarse la figura prevista en el art. 128 segundo párrafo del CP. La simple tenencia no se encuentra incriminada y, además, resulta un acto privado de los protegidos por el art.19 de la CN.

Por todo lo expuesto, solicita se revoque el auto apelado y se haga lugar a sus planteos de nulidad. Hace reserva del caso federal.

IV.- Con el alcance que otorgan los art. 434 y 435 del Código Ritual, respecto del conocimiento que atribuyen los recursos de apelación a esta Alzada, debe ceñirse el presente al tratamiento de los puntos de la resolución del *a quo* alcanzados por los agravios que motivaran la impugnación interpuesta, sin perjuicio de conocer más allá de ellos cuando

eso permita mejorar la situación del imputado y de declarar las nulidades absolutas que hubiere.

Analizados las constancias del presente incidente, las razones expuestas por el *a quo* y los agravios vertidos por el recurrente, adelanto que habré de proponer la revocación parcial del auto apelado.

Opino que es correcto el rechazo al pedido de nulidad del acta de allanamiento y secuestro en lo referente a las **imágenes de pornografía infantil** halladas en el CPU.

El allanamiento fue ordenado por el juez de la causa a los fines de *“proceder al secuestro de imágenes, videos, reproducciones en formato papel digital, cámaras de video y fotografías, computadoras y todo otro instrumento que se emplee para la divulgación o difusión de imágenes de contenido sexual de menores de 18 años explícito”* (Conf. fs. 75/78 del ppal.). Al igual que el *a quo*, entiendo que, en tanto existía una autorización judicial de *“secuestro de imágenes”*, las cuales pueden encontrarse impresas pero también en formato digital, la búsqueda de tales imágenes dentro del disco rígido de la computadora hallada, es decir, allí almacenadas, estaba también autorizada. Si bien la búsqueda en un dispositivo informático requiere mayor conocimiento que el necesario para revisar visualmente una morada sometida a allanamiento, lo cierto es que no surge del acta de procedimiento ni del agravio de la defensa, la existencia de un despliegue de tareas técnicas especializadas para el registro de la computadora en cuestión. Así, tal búsqueda debe entenderse desarrollada mediante el

conocimiento común, y por tanto, incluida en el marco de las diligencias pasibles de ser efectuadas para el cumplimiento del objeto del allanamiento; medida esta que, como se dijo, abarcó la búsqueda en ese domicilio de las imágenes calificadas como pornografía infantil.

Ahora bien, distinto es lo ocurrido respecto de la **cuenta de correo electrónico**. Se dijo en el acta de allanamiento y secuestro (fs. 79/81 del ppal.) que tras el hallazgo de las referidas imágenes se hizo *“una simple búsqueda en el Historial de Internet”* del CPU en cuestión, constatándose *“la cuenta de correo electrónico asociada siendo esta maximiliano.merida@hotmail.com”* . Entiendo que dado el contenido de la orden (*“proceder al secuestro de imágenes, videos, reproducciones en formato papel digital, cámaras de video y fotografías, computadoras y todo otro instrumento que se emplee para la divulgación o difusión de imágenes de contenido sexual de menores de 18 años de edad”*), el personal a cargo del allanamiento *ya estaba facultado a secuestrar el CPU*, por lo que era eso lo que debía hacer, no continuar con la requisa en ese ámbito de especialísima privacidad (pensemos que en el referido Historial puede haber datos relativos a un sinnúmero de intercambios - navegación, descarga, archivos e imágenes almacenados en caché, etc, - que una persona puede haber hecho a través de Internet a lo largo de un prolongado lapso temporal). Es preciso resaltar que la orden fue de *“secuestrar”, no de revisar la intimidad más allá de lo exigido para habilitar tal secuestro.*

Tal como sostuve en causa 29.269/III, la razón de la exigencia del art. 219 del C.P.P. (que dispone que en la orden de allanamiento se describan “*las cosas a secuestrar o personas a detener*”) es afectar la privacidad de los moradores no más allá de lo autorizado por las pruebas colectadas y el objeto de la investigación. Es claro que si hay sospechas de que un individuo guarda un vehículo automotor robado en su garaje, la orden de allanamiento dictada a los fines de corroborar tal hipótesis y eventualmente secuestrar ese objeto no permite requisar lugares en los que claramente no cabe un vehículo automotor pero que, si la autoridad policial encuentra un arma de fuego en el piso del referido garaje, ese hallazgo es prueba válida (es aplicable la doctrina originada en el ámbito anglosajón bajo el nombre “*plain view doctrine*”, pues no hubo un exceso en el registro y la autoridad debe secuestrar lo hallado a simple vista por sus obligaciones de perseguir un probable delito). Pero en el caso, como se ha dicho, se buscó en un especialísimo ámbito de privacidad cuando el personal ya se encontraba autorizado a secuestrar el dispositivo y, por lo tanto, agotada su autorización de injerencia. Con posterioridad, y de considerarse pertinente, el juez podría ordenar una pericia informática a fin de tener un conocimiento mayor acerca del contenido del dispositivo.

Propicio, pues, excluir probatoriamente la constancia de este hallazgo (art. 211 y 219 del CPP).

En cuanto a la **nulidad** de la referida acta de allanamiento por no haber firmado **todos los intervinientes ni justificarse tal omisión**,

entiendo que si bien es un deber el hacer firmar el acta a todos los intervinientes (art. 118 CCP), ese incumplimiento no se encuentra sancionado con la nulidad (art. 119 *a contrario* del CPP), como sí ocurre cuando falta la indicación del lugar, fecha o firma del funcionario actuante. Y tal como dijo el *a quo*, no se invoca ni se aprecia el perjuicio causado o potencial derivado del hecho de que solo hubieren firmado tres de los cuatro o cinco intervinientes. No basta el “vicio” para la nulidad, como pretende el recurrente. La irregularidad formal de un acto no determina por sí sola su invalidez; se requiere un nexo entre tal irregularidad y la lesión a la garantía, que se traduce en un perjuicio concreto e insubsanable para el impugnante (arts. 3, 201, 203, 205 y ccdtes. del CPP).

El recurrente dice que, como no se sabe si el imputado no firmó porque no quiso o porque no lo dejaron (no se especifica ello en el acta), “*fue privado de participar en las instancias de dicha requisita e inspección de su computadora, con serio menoscabo al derecho de defensa*”. Esta conclusión no puede ser compartida. De no saberse lo que ocurrió no puede seguirse una afirmación de lo ocurrido (que “*fue privado de participar*”). Por lo pronto, el acta da cuenta de un tratamiento muy respetuoso del imputado (incluso por demás, ya que, con la orden de allanamiento en mano, la policía aceptó la negativa de Mérida a ingresar hasta tanto llegara su madre) y en el expediente no hay constancia alguna de que a lo largo de los dos años y medio de esta causa él haya manifestado algún tipo de menoscabo al respecto. No cabe presumir, sin razón alguna, la vulneración pretendida,

dando lugar a una sanción procesal (la nulidad) que es de aplicación restrictiva (art. 3 del CPP). A todo evento, los testigos del allanamiento (Iriarte y Luna) podrán ser preguntados sobre la cuestión.

Los agravios por el rechazo al pedido de nulidad de la pericia informática debido a la mala notificación de su producción y a desconocerse si los secuestros respetaron el procedimiento establecido por el art. 226 del CPP, no deben ser atendidos en este momento. Digo esto porque en el auto apelado se ha invocado la conclusión de la pericia informática consistente en que en la CPU secuestrada “*se encontró contenido pornográfico*” y esto no solo ya se sabe por lo hallado durante el allanamiento sino que, además, carece de peso probatorio, dado que no es delito poseer material pornográfico: lo que es delito es tener – para distribuir o comercializar - material pornográfico “infantil” (art. 128 párr. 2° del CP).

Es decir, que se mantenga por el momento la validez de tal conclusión no causa ni puede causar perjuicio (aunque, por hipótesis, no se haya notificado en debida forma su producción ni se haya satisfecho el referido art. 226 al momento de los secuestros).

En cambio, asiste plena razón al recurrente cuando se queja de que no se dio respuesta a sus planteos sobre la presunta tipicidad y autoría de lo imputado. Con base en su interpretación de la ley, doctrina y jurisprudencia, el recurrente ha sostenido que enviar un mail con una fotografía de pornografía infantil a una persona determinada no es, por más repugnante que nos pueda parecer, un delito. Y lo mismo respecto de poseer ese

material. También ha argumentado – me remito a lo sintetizado más arriba - en favor de la carencia de prueba respecto de la autoría del hecho 1 y de la subjetividad requerida por la tipicidad respecto del hecho 2 (los fines de distribución o comercialización).

Al respecto, el *a quo* se ha limitado a sostener, escuetamente, que *no puede descartar* esa tipicidad, participación y subjetividad, disponiendo a continuación, sin más, la elevación a juicio. No es una genuina respuesta a los planteos. Con respecto a lo primero es preciso resaltar que lo postulado no es un simple cambio de calificación sin influencia en la situación de coerción, que como tal no debe ser atendido (art. 23 inc. 5° del CPP), sino la atipicidad de las conductas endilgadas (arts. 323 inc. 3, 336 y 337 del CPP).

De conformidad con diversos precedentes de esta Sala (ver causas Nro. 15.552, 18.327, 20.216, 21.841, 22.065, 22.976, entre otras) la ausencia de la debida fundamentación determina la invalidez del resolutorio en cuestión, pues el artículo 106 del C.P.P. establece que las sentencias y los autos deben ser *motivados*, bajo sanción de invalidarlas. Y los que integran el título “Nulidades” establecen que cuando se hubiese violado una norma constitucional el órgano judicial que lo compruebe deberá declarar la nulidad del acto.

Tanto la afectación constitucional como el perjuicio (cuya fundamentación es exigida por el art. 203 del C.P.P.) se encuentran a mi juicio presentes en el caso. La Constitución Provincial (art. 171) exige expresamente que “Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales

letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley..., teniendo en consideración las circunstancias del caso”; exigencia ésta que, evidentemente, resulta violada cuando no se funda debidamente una decisión judicial. El perjuicio se vislumbra, asimismo, a poco que se repare en que la falta de tratamiento de la cuestión privó al recurrente de la posibilidad de discutir los argumentos al respecto y de controlar la eventual arbitrariedad del juzgador.

Cabe recordar que desde principios del siglo pasado la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ido delineando ciertas características cuya presencia puede determinar que una sentencia sea considerada arbitraria y, por lo tanto, desconsiderada como acto jurisdiccional válido (“es condición de validez de un fallo judicial que él sea conclusión razonada del derecho vigente con particular referencia a las circunstancias comprobadas de la causa” -*Fallos* 236:27; 291:232; 292:254; 293:176; 303:120; 303:434; 306:717, entre muchos otros). Al respecto, la Corte ha descalificado sentencias (por arbitrarias) en razón de -como sucede en el *sub judice*-, omitir considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente planteadas (ver Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria (en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tercera edición, 1983, pp. 57/59).

Por lo expuesto, propicio confirmar el auto apelado en cuanto a los rechazos a las nulidades planteadas, salvo en lo que respecta a la dirección de correo electrónico hallada en el CPU durante el allanamiento - que debe

excluirse probatoriamente-, y revocar el auto apelado en cuanto a la elevación a juicio, debiendo reenviarse los autos a fin de que, por quien corresponda, se dé tratamiento a los planteos formulados por la defensa respecto de la tipicidad y autoría de la imputación, sin implicar con esta decisión mérito alguno sobre su procedencia.

Así lo voto.

La Jueza Vázquez dijo:

Que adhiere al voto del Juez Herbel, por los mismos fundamentos.

Por ello, el Tribunal

RESUELVE:

I.- DECLARAR ADMISIBLE el recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado Maximiliano Mérida a fs. 2/9vta., contra el auto de elevación a juicio obrante en copias a fs. 19/30; por las razones expuestas en los considerandos (arts. 337 *in fine*, 421, 433, 439, 442, 443 y ccdtes. del C.P.P. según ley 11.922 y sus modificatorias).

II.- RECHAZANDO PARCIALMENTE el recurso interpuesto, **confirmar el rechazo** a los pedidos de nulidad formulados por la defensa, **salvo** el relativo al hallazgo de la dirección de correo electrónico, el cual debe ser probatoriamente excluido; por las razones expuestas en los considerandos (arts. 23, 201, 203, 205 y cctes. y 219 del CPP).

III- HACIENDO LUGAR PARCIALMENTE al recurso interpuesto, **revocar** el auto apelado en cuanto dispone la elevación a juicio, debiendo reenviarse los autos a fin de que, por quien corresponda, se dé tratamiento a

los planteos formulados por la defensa respecto de la tipicidad y autoría de la imputación; conforme lo expuesto en los considerandos (arts. 203, 207 y ccdtes. del C.P.P., según ley 11.922 y modificatorias, 18 de la Constitución Nacional y 7.5 de la C.A.D.H.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase, sirviendo el presente de muy atenta nota de envío. Devuélvanse de inmediato los autos principales.

FDO: GUSTAVO A. HERBEL – CELIA M. VÁZQUEZ

Ante Mí: GABRIELA M. GAMULIN