

FALLO N° 16/2024 - SALA "A": En la ciudad de Santa Rosa, capital de la Provincia de La Pampa, siendo el día 07 de marzo de dos mil veinticuatro, se reúne la Sala "A" del Tribunal de Impugnación Penal, integrada por la señora Jueza María Eugenia Schijvarger y el señor Juez Mauricio Federico Piombi, a los efectos de resolver el recurso de impugnación interpuesto en el Legajo N° 98795/1 caratulado: "**GABELLOTA, Leandro Daniel S/Recurso de Impugnación**" contra la sentencia dictada con fecha 03 de octubre de 2023 –Fallo N° 56/2023- en el legajo principal del que;

RESULTA:

Que la Audiencia de Juicio de la I Circunscripción Judicial, con la actuación unipersonal de la Jueza Dra. Alejandra Flavia Ongaro, resolvió:

“...**PRIMERO**: NO HACER LUGAR al requerimiento efectuado por la Defensa en cuanto a la actividad procesal defectuosa (art. 151 y cc del C.P.P.) respecto de la legitimidad del secuestro y de la valoración realizados sobre el material pornográfico hallado en tenencia del acusado Leandro Daniel GABELLOTA- apartado B 10-c- de los CONSIDERANDOS. **SEGUNDO**:CONDENAR a Leandro Daniel GABELLOTA - titular del D.N.I. 36.284.387, apellido materno GABELLOTA- como autor material y penalmente responsable del delito de tenencia de material que contiene representaciones de explotación sexual de menores de 18 años (arts. 45 y 128, segundo párrafo, del C.P.) hecho valorado en el marco de la Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, ratificada en nuestra provincia mediante Ley N° 2.703, a la pena de DIEZ MESES DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL CON COSTAS (arts. 26, 40 y 41 del C.P.) (arts. 346, 444 y 445 del C.P.P.) **TERCERO**: IMPONER a Leandro Daniel GABELLOTA, durante el plazo de DOS AÑOS las siguientes reglas de conducta (art. 27 bis inc. 1 del C.P.): Fijar residencia y someterse al Ente de Políticas Socializadoras y a la Unidad de Abordaje, Supervisión y Orientación para Personas en Conflicto con la Ley Penal (Ley 2381- 2873). **CUARTO**: Hágase saber a los citados organismos que, conforme los términos de la referida normativa, han quedado a cargo del contralor y guía del condenado. **QUINTO**: Firme que se encuentre la presente, cúmplase con lo previsto por el art. 346 del C.P.P. y los arts. 2º y 3º de la Ley Provincial n° 2547/ 2719. **SEXTO**: ABSOLVER a Leandro Daniel GABELLOTA- cuyas demás circunstancias personales fueron antes consignadas- respecto del delito, por el que fuera acusado por el Ministerio Público Fiscal y la Querrela en los siguientes términos: abuso sexual gravemente ultrajante y con acceso carnal, agravado por haber sido cometido contra un menor de 13 años de edad con violencia e intimidación como delito continuado (arts. 119, primero, segundo y tercer párrafos, y 54 a contrario sensu, del C.P.), conforme las razones expuestas en el apartado A de los CONSIDERANDOS, y por aplicación de los art. 18 de la CN y art. 6º del C.P.P. **SEPTIMO**: NO HA LUGAR a la prisión preventiva sustituida del acusado Leandro Daniel Gabellota, solicitada por el Ministerio Público Fiscal y la Querrela (arts. 247 en relación con el 245 inc. 2 del C.P.P.) atento lo resuelto en el punto SEXTO inmediato anterior y razones expuestas en el apartado E. **OCTAVO**: NOTIFÍQUESE. Oportunamente procédase conforme lo dispuesto en el art. 427 del C.P.P. **NOVENO**: Protocolícese. Cúmplase con la ley Nacional de Reincidencia 22.117”.

Que, contra dicho Fallo, el señor Defensor Particular -Dr. Simón Barreto- de Leandro Gabellota, interpuso recurso de impugnación, solicitando se haga lugar al mismo y se tenga presente la reserva de casación.

Habiéndosele dado el trámite de procedimiento abreviado (art. 403 del C.P.P.), ha quedado ésta en condiciones de ser resuelta, emitiendo la Sala el voto en forma conjunta, y:

CONSIDERANDO:

En principio cabe afirmar que el Recurso de Impugnación interpuesto por la Defensa de Leandro Daniel Gabellota, resulta admisible a tenor de lo preceptuado en los arts. 387 inc. 3º, 389 y 392 de nuestro ordenamiento procesal.

Otro de los requisitos esenciales requeridos para la viabilidad de este recurso, o sea los motivos en los que se fundamenta, se encuentran debidamente explicitados, brindando los mismos, el marco de avocamiento y contralor que este Tribunal revisor debe efectuar, a los efectos de garantizar a quién resultara condenado mediante sentencia aún no firme, el derecho que tiene de que la imputación concreta en su contra sea analizada una vez más en forma integral, a los fines de legitimar plenamente el poder punitivo estatal, conforme lo dispuesto por la Convención Americana de los Derechos Humanos (Art. 8:2) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Art.14.5), incorporados a nuestra Carta Magna como ordenamiento legal positivo con la reforma constitucional de 1994.

En tal sentido, la C.S.J.N. en el Fallo "Casal, Matías y otro" (del 20/09/05), al referirse sobre los alcances de esta segunda instancia o doble conforme, expresó que: "...debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, toda lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, solo inevitables por la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas".

Que teniendo en cuenta lo expresado precedentemente, habremos de ingresar al examen de la cuestión planteada con la amplitud de conocimiento y revisión expuesta.

El Tribunal de Juicio, en ejercicio de la jurisdicción unipersonal, dio por acreditado el hecho de la siguiente manera:

"Leandro Daniel GABELLOTA tenía en su poder, almacenado en su teléfono móvil –marca Samsung, modelo SM- N970F, IMEI N° 359013100140987, tarjeta Sim de la empresa Claro N° 8954310194036544175-, imágenes (fotos y videos) de menores de 18 años de edad representando sus genitales como así actividades sexuales explícitas. El dispositivo fue secuestrado a Gabellota en el marco de una orden jurisdiccional realizada el 26/06/20 en su domicilio sito en la calle Buenos Aires N°236 de esta ciudad”.

Las pruebas tomadas en cuenta por el a-quo, a los efectos de dar por acreditado el hecho tal fuera descripto precedentemente, son: Expte. Brigada de Investigaciones E.J 246 (prueba 4); Paquete 10582 (prueba 5); curso de reparador de PC (prueba 11); Constancia de la Universidad de La Pampa que certifica que Gabellota es alumno regular de la carrera de Profesorado en Computación (prueba 12).

Además, se tuvieron en cuenta las testimoniales de: Esteban Leonardo López –Oficial Inspector de la Brigada de Investigaciones-; Temístocles Hilario Torreani –Comisario Mayor-; Emanuel Cavero y Nerio Nahuel Herlein Rath.

Agravios de la Defensa

1. Plantea que la Jueza hace una analogía por el hecho de que Gabellota es Técnico en computación y está cursando profesorado en computación y que, al no ser un usuario común, debió saber que tenía almacenado material pornográfico infantil.

2. Que omitió el testimonio de Torreani, Jefe de la DAT, al que se le preguntó si puede que se almacenen automáticamente videos o fotos que un usuario mande a un grupo del cual formaba parte Gabellota, como lo es en los grupos de WhatsApp, y el testigo en el minuto 28:15 responde que sí puede ser.
3. Explica que el imputado sí formaba parte de grupos en Telegram como Porno Gay o Porno Triple XXX, pero no de grupos de pornografía infantil, por lo tanto, puede ser que un usuario mande fotos o videos y que estos se almacenen automáticamente en su celular.
4. Además, que el testigo que formó parte del allanamiento, Esteban Leonardo López, en el minuto 7:27 dijo que Gabellota entregó voluntariamente el teléfono y también la clave de patrón de bloqueo.
5. Tampoco es cierto lo que respondió el testigo Torreani en cuanto a que Telegram no denunció la descarga de tales videos de contenido pornográfico infantil, como suele suceder con otras plataformas como google, en razón de que tiene su sede en Rusia y es una APP que no rompe la privacidad cuando se descargan este tipo de contenidos; testimonio éste que también utiliza la Jueza en la Sentencia.
6. Entiende así que no es cierto, dado que conforme se puede observar de la página Web Wikipedia, Telegram tiene su sede central en Dubai, con lo cual es extraño que la plataforma no denuncia frente a la descarga de tal contenido, reforzando así la idea de que Gabellota no tenía conocimiento de los mismos, pudiendo haber sucedido que tales videos fueran enviados en los grupos de Telegram en los que formaba parte.
7. Plantea actividad procesal defectuosa, en la audiencia de etapa intermedia y en el debate.
8. Explica, que los videos de material pornográfico fueron obtenidos en función a la orden de allanamiento efectuada por el Juez de Control, en función al delito de abuso sexual que le achacaba a su asistido, por el cual fue absuelto.

Y que cuando el Ministerio Público Fiscal solicitó el reenvío del contenido, el Juez ordenó bien claro en el proveído de fecha 28/09/2020: *"haciendo saber a Fiscalía que deberá aportar el dispositivo adecuado para su copia, y posteriormente extraer únicamente la información autorizada en el punto 1) del resolutive de fecha 3 de julio del corriente año, procediendo a la inmediata destrucción del restante material que no guarde relación con la investigación"*.

9. Es decir, que la DAT no tenía permitido por el Juez de Control, el reenvío de contenido que no fuera relacionado con el abuso sexual, siendo en consecuencia nulo, de nulidad absoluta, el reenvío del contenido de pornografía infantil.
10. Entiende, además, que a este incumplimiento se le suma otra irregularidad de gravedad, dado que el testigo Torreani dijo en su declaración, en el minuto 26:56, que el reenvío del contenido de material pornográfico fue extraído y enviado por orden del MPF y no por autoridad competente, lo que también es admitido en el 4° párrafo del punto 5, del SEGUNDO HECHO –confesando expresamente la irregularidad-.

Por ello, entiende que para avanzar sobre ámbitos protegidos por el art. 19 de la CN, el de la intimidad de la persona, se requiere autorización expresa de la autoridad competente, más no del órgano acusador.

11. Es decir, no cuestiona la forma en cómo se llegó al material pornográfico, y que se pudiera aplicar la doctrina "plain view doctrine" –que nunca se aplicó en la provincia-, sino en cómo se procede con el contenido una vez que la policía se hace de los elementos secuestrados.
12. Que para que el Juez de Control ordene avasallar la intimidad de Gabellota y obtener de esta forma el contenido del material que fue secuestrado, debían obrar antecedentes en la pesquisa para proceder de tal forma. Y que no había ápice alguno que pudiera hacer inducir al Juez de Control que Gabellota pudiera tener en su poder material pornográfico infantil, mucho menos se puede decir que la decisión fue fundada, si tenemos en cuenta que se ordenó en el marco de una investigación de abuso sexual, y que al fin y al cabo su asistido fue absuelto por ello.
13. A tal efecto cita el art. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece: *"Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas"*, sosteniendo que es de perfecta aplicación al presente remedio procesal, es decir la intromisión del Estado arbitraria e irrazonable en las investigaciones de delitos en la esfera del individuo.
14. Además, sostiene que el art. 151 del Código Procesal Penal establece que no se pueden utilizar aquellos actos que no son obtenidos incumpliendo las formalidades del C.P.P., y entiende que no se puede hacer interpretaciones buscando doctrinas foráneas, que nunca se aplicaron en esta provincia.
15. Conviene tener presente que las órdenes de secuestro y análisis de evidencia digital, se desarrollan en dos fases: la fase 1, es la del registro físico y, por lo tanto, se solicita al juez el allanamiento del domicilio (del lugar físico), para luego llevar a cabo el análisis del dato informático. Análisis que puede ser llevado a cabo "in situ", es decir, en el lugar, o bien, en el laboratorio. Ergo, la fiscalía debió tener autorización para extraer el material pornográfico, y de todo el legajo, ello no surge.
16. Cita a modo de ejemplo una situación, que también guarda relación con la Doctrina de la Plain View, en donde en una sentencia del Décimo Circuito de Estados Unidos: Estados Unidos v. Carey, 172 F.3d 1268, 1273-75 (10° Cir. 1999). Este fallo estableció que "un agente extralimitó el margen de una orden para buscar pruebas de venta de drogas cuando "abandonó dicha búsqueda" y en lugar de ello se dedicó a buscar pornografía infantil durante cinco horas. Asimismo, dicho tribunal advirtió en un caso posterior de que "dado que un ordenador puede almacenar tanta información relativa a muchos ámbitos diferentes de la vida de una persona, existe un riesgo mayor de que se entremezclen documentos, lo que conlleva una invasión de la privacidad cuando la policía lleva a cabo una búsqueda de pruebas en un ordenador". Estados Unidos v. Walser, 275 F.3d 981, 986 (10° Cir. 2001).
17. Explica el recurrente, que la lógica es distinta según se trata de investigaciones en entornos físicos y entornos digitales, que esa lógica requiere que se aborde el problema estableciendo reglas claras a los fines de cumplir con el mandato constitucional y evitar lesionar el derecho a la intimidad, la privacidad, la propiedad y la garantía que prohíbe la autoincriminación del sospechoso.
18. Por lo tanto, sostiene que siempre se requerirá autorización judicial si se encontraran evidencias relacionadas con la presunta comisión de otro delito –distinto al que motivó la orden judicial-, y que, el Fiscal en un sistema acusatorio debió acreditar fehacientemente que se ha tratado efectivamente de un hallazgo casual, lo que tampoco ocurrió en este caso.
19. Finalmente solicita que se tenga por presentado el recurso de impugnación, se haga lugar al mismo y se tenga presente la reserva de casación.

Tratamiento de los agravios

20. Ahora bien, corresponde entrar a analizar los agravios planteados por el recurrente, en principio cabe señalar que, si bien de la estructura del recurso surgen dos agravios centrales, al iniciar –el primer agravio- no se hace referencia puntual a los motivos recursivos expresamente establecidos en nuestro Código Procesal Penal, estos son los establecidos en el art. 387.
21. Sin perjuicio de ello, entendemos que lo que se alega en el primer agravio es una errónea valoración de la prueba. Y posteriormente, en el segundo de los agravios se plantea una actividad procesal defectuosa, respecto de cómo se obtuvo el material pornográfico de menores de 18 años del teléfono celular de

Gabellota.

22. Así las cosas y para un mejor ordenamiento en el análisis de los agravios, consideramos pertinente en principio, tratar el planteo de actividad procesal defectuosa, ello en virtud de que el resto de los agravios relacionados con la valoración de la prueba, están estrechamente ligados al hallazgo de ese material y su posterior investigación.

Actividad procesal defectuosa

23. Corresponde precisar que con fecha 26 de junio de 2020 (actuación N° 2252141) el Ministerio Público Fiscal solicita orden de allanamiento para el domicilio de calle Buenos Aires 236 de esta ciudad, habitado por Leandro Gabellota, con el objeto de secuestrar notebook, computadoras, CPU, tablet, celulares y todo elemento tecnológico con acceso a internet, redes sociales o dispositivos que puedan almacenar datos como por ejemplo discos externos, pen drive, CD, etc., en virtud de poder obtener evidencias que puedan aportarse a la investigación en curso, de acuerdo a lo relatado por la víctima.

24. Así, mediante actuación N° 2252592 con fecha 26 de junio de 2020 la Jueza de Control –Dra. María Florencia Maza- libró orden de allanamiento a fin de proceder al registro domiciliario de la vivienda sita en calle Buenos Aires N° 236 de esta ciudad, habitado por Leandro Gabellota, con el objeto de secuestrar notebook, computadoras, CPU, tablet, celulares y todo elemento tecnológico con acceso a internet, redes sociales o dispositivos que puedan almacenar datos como por ejemplo discos externos, pen drive, CD, etc.

25. Posteriormente, mediante actuación N° 2258155 de fecha 02-07-2020, el Ministerio Público Fiscal solicita en los términos del art. 264 del C.P.P. la apertura de los elementos informáticos secuestrados en poder del imputado Leandro Gabellota, a saber: un teléfono celular marca SAMSUNG modelo S 10 Note color celeste SIM N° 8954310194036544175, IMEI N° 359013100140987; una notebook marca LENOVO color gris Serie N° PF05QVBZ de 15" 6'' con cargador modelo ADL4WCB; un teléfono celular marca LG color negro y gris tarjeta SIM "CLARO" N° 89543141532242963252, IMEI 359975062349576; un CPU marca THERMALTAKE color negro serie N° CA-1G9-00M1WN-00AII000860; un teléfono celular marca SAMSUNG modelo SM G532M serie R28K34XYZQV IMEI N° 314434788230 con tarjeta de memoria 16 gb, micro Sd marca KINGSTON N° de abonado 0295415307370; seis (06) pendrives, cinco de ellos marca KINGSTON de 32 GB, 8GB, 4GB, 64 GB, otro no observable y el restante marca VERBATIM de 16 GB; una memoria de 16 GB, micro SD marca SAN DISK y tres adaptadores de memoria, uno marca SAN DISK color negro con memoria colocada de 16 GB, dos marca KINGSTON micro SD que contienen tarjeta de memoria, uno de 16 GB y restante de 8GB marca KINGSTON micro SD; un disco externo de 160 GB serie WMAP9H062417 modelo WD1600ABS-00PRA0 con inscripciones "BACK UP 2017"; un pendrive marca DATA TRAVELER de 2 GB color blanco y verde; un SIM "CLARO" N° 8954310174030654667. Ello a fines de determinar si en los mismos se encuentran elementos de interés para la presente pesquisa fiscal.

26. Ante esta solicitud el Juez de Control –Dr. Gabriel Tedín- mediante actuación N° 2259416 el 03-07-2020 resuelve hacer lugar a la apertura y examen mediante sistema UFED y/o MANUAL de los dispositivos que fueran secuestrados (detallados precedentemente), ello con el fin de obtener videos, audios, textos, e imágenes que revistan importancia para el proceso investigativo que el MPF lleva a cabo, y que guarden estricta relación con el hecho investigado y denunciado por el ciudadano José Segundo Daniel Ángel, información esta que deberá ser almacenada en formato CD o DVD o similares, en original y copia.

27. Con fecha 25 de septiembre del 2020 el MPF solicita se ponga a su disposición el contenido del "crudo" de la información extraída por personal de la DAT de los dispositivos secuestrados en poder del imputado Leandro Gabellota, a fin de poder extraer del mismo el material relevante para la pesquisa fiscal en curso. Por lo que, el Juez de Control dispone que por Oficina Judicial se arbitren los medios necesarios para proporcionar una copia del material adjuntado por la DAT, haciendo saber a Fiscalía que deberá extraer únicamente la información autorizada en el punto 1) del resolutive de fecha 03-07-2020, procediendo a la inmediata destrucción del restante material que no guarde relación con la investigación.

28. Así con fecha 13-07-2021 el MPF solicita se fije audiencia para ampliar la formalización en virtud de un nuevo hecho atribuible Leandro Gabellota, informando que los nuevos hechos son haber tenido en su poder, almacenados en dispositivos informáticos secuestrados en allanamiento practicado en fecha 26-06-2020, imágenes y videos de menores de 18 años de edad en actividades sexuales explícitas (art. 128 2° párrafo del CP).

29. Posteriormente y luego de que la Defensa tuvo acceso al material probatorio al que se refiere el MPF y mediante actuación N° 2677461 el Defensor –Dr. Simón Barreto- plantea actividad procesal defectuosa de las imágenes y videos que extrajo la Fiscalía, y por lo cual, se le imputa el delito previsto en el art. 128, segundo párrafo, del C.P., y solicita se sobresea a su asistido.

30. Es así que con fecha 09-08-2021 se lleva a cabo una audiencia en donde el Juez de Control rechaza el planteo realizado por la Defensa y tiene por ampliada la Investigación Fiscal Preparatoria en relación al delito previsto en el art. 128 2° párrafo del C.P.

En lo que a nosotros respecta, esto es el rechazo de la actividad procesal defectuosa, el Juez de Control al fundamentar su decisión alegó que la medida a partir de la cual la Fiscalía obtiene las imágenes, es legal y de carácter jurisdiccional. Se procede a la apertura del teléfono toda vez que, que el MPF estaba investigando otro hecho y se da por una decisión de la jurisdicción. Entendió que la Fiscalía actuó conforme a los arts. 8 (delitos de orden público) y 273 inc. 1° (procedencia de oficio y denuncia cuando un funcionario público tome conocimiento de la comisión de un ilícito) del C.P.P.

Considera que la privacidad y la intimidad protegidas por el art. 19 de la Constitución Nacional se refieren a aquellas acciones de las personas que de ninguna manera ofendan el orden, la moral ni perjudiquen a terceros, esas acciones son las que quedan exentas de la autoridad de los magistrados no aquellas que configuren un delito –como en este caso-.

31. En la Audiencia de Procedimiento Intermedio (art. 294 del C.P.P.) de fecha 23-12-2021 el Defensor nuevamente plantea la actividad procesal defectuosa, la que es nuevamente rechazada manteniendo los argumentos expresados precedentemente. Dicho planteo también fue realizado por el Dr. Barreto en los alegatos de clausura del debate oral.

32. Al respecto la Jueza de Audiencia interviniente entendió que correspondía rechazar dicho planteo coincidiendo con el Fiscal, y remitiéndose al Fallo N° 1317/16.4-19/10/2016- Cámara Federal de Casación Penal- Sala IV- FMZ 29368/2014/TO1/CFC1-que aplicó al caso la doctrina elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, llamada "Plain View Doctrine".

Entendió que dicha doctrina establece para la validez del allanamiento, la presencia de los siguientes extremos: a) el ingreso debe ser legítimo, basado en una orden de allanamiento válida o en una excepción admitida; b) los ítems distintos o no contemplados por la autorización deben ser de aquellos que la policía a través de su vista, olfato, sonido o tacto esté en condiciones de indicar como reveladores de la actividad criminal ("Horton v. California" 496US 128 (1990), citado por Alejandro Carrió en "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", pág. 236)

En base a ello consideró que en este caso estaban cumplidos todos los requisitos de legitimidad de una orden de allanamiento que establece la citada doctrina.

33. A criterio de la Magistrada, con el que vamos a coincidir, conforme las consideraciones que realizaremos más adelante, el procedimiento protocolar desarrollado en este caso en particular, no hizo más que reproducir las disposiciones del último párrafo del art. 224 del C.P.P.N. La norma – citada en el mencionado fallo por la Cámara Federal de Casación Penal- Sala IV- establece que si en el estricto cumplimiento de una orden de allanamiento, se encontraren objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al Juez o Fiscal interviniente. Por ello, rechazo el planteo de actividad procesal defectuosa (art. 151 del C.P.P.).

34. Luego de reseñar el derrotero que nos trae al tratamiento del planteo de actividad procesal defectuosa respecto de cómo se obtuvo el material pornográfico de menores de 18 años del teléfono celular de Gabellota, desde ya y como referenciaríamos *ut supra*, vamos a coincidir con lo resuelto tanto por el Juez de Control en las instancias que intervino como así también, con lo resuelto por la Jueza de Audiencia al dictar sentencia.

35. Ello en el entendimiento de que el material que fue extraído del teléfono celular registrado a nombre de Leandro Gabellota y que sirviera de base para formalizar, acusar y posteriormente condenar por el delito previsto en el art. 128 2° párrafo del C.P., fue obtenido legalmente y cumpliendo con las formas y condiciones establecidas por el Código Procesal Penal, no encuadrando en los casos previstos por el art. 151 y ss.

36. Tal como aludieron los Magistrados intervinientes y de acuerdo a como surge de la compulsa del legajo principal, la orden de allanamiento fue solicitada por el MPF –al inicio de una investigación por un delito de abuso sexual- y autorizado dicho allanamiento por el Juez de Control, es allí que, al secuestrar varios dispositivos electrónicos, se autoriza jurisdiccionalmente su apertura.

37. Al ser analizado ese material es que el Comisario-Perito Hilario Torreani toma conocimiento de la existencia de videos de contenido sexual infantil e inmediatamente da aviso a la Fiscalía, tal como surge de su testimonio y a preguntas de la Defensa dice: *"yo encontré elementos que estaban prohibidos, soy funcionario público y di conocimiento a la Fiscalía como corresponde, es el temperamento a adoptar en caso de encontrar pornografía infantil..."*; *"...yo le comunico al Fiscal y es el Fiscal el que me dice lo que tengo que hacer..."*; *"...el Juez me ordena hacer la apertura de un teléfono y revisar foto y videos, si yo encuentro un video en el que se está cometiendo un delito tengo la obligación de avisar a Fiscalía."* (Pista 15 minuto 26:05 en adelante).

38. En el caso, hubo una habilitación judicial para que el Estado realice una intromisión a la intimidad. Sea ésta física (en el domicilio vía allanamiento) o digital (apertura de dispositivos electrónicos), esa habilitación permite y autoriza el acceso. Entonces en ambos supuestos si al cumplir con la manda judicial los expertos se topan con este tipo de material de pornografía infantil que si bien era ajeno a la investigación penal de origen, al constituir otro delito y haberse encontrado en cumplimiento de otra orden, dicho hallazgo es legalmente válido conforme la doctrina del Plain View.

Adviértase que el perito actuó conforme se lo exigía la ley, puntualmente el art. 273 inc. 1° del C.P.P., es decir puso en conocimiento de la Fiscalía lo que había encontrado durante la realización de la apertura ordenada para que el Ministerio Público Fiscal procediera, siendo este el titular de la acción y tratándose de un delito de orden público, a nuestro entender y de la compulsa del legajo principal surge que el MPF obro conforme lo establecido en el art. 8 C.P.P., y fue puesto a disposición de las partes el material encontrado. Si bien es valorable el esfuerzo realizado por la Defensa para derribar la obtención de esta prueba, lo cierto es que, a nuestro entender, fue obtenida de manera legal e incorporada al proceso de la forma en que correspondía, es por ello que consideramos que no corresponde hacer lugar a la declaración de actividad procesal defectuosa planteada.

39. A mayor abundamiento, entendemos que resulta totalmente aplicable al caso el precedente citado de la Cámara Federal de Casación Penal –Sala 4- de fecha 19-10-2016, registro N° 1317/16.4, que recepta la Doctrina Plain View y que en su parte pertinente dice;

"Por otra parte, respecto del cuestionamiento efectuado por el recurrente en relación a que el material estupefaciente secuestrado no formaba parte del objeto del allanamiento dispuesto, habré de señalar que resulta aplicable al caso la doctrina elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, llamada "Plain View Doctrine". Esta doctrina establece que para la validez del allanamiento: a) el ingreso debe ser legítimo, basado en una orden de allanamiento válida o en una excepción admitida; b) los items distintos o no contemplados por la autorización deben ser de aquellos que la policía a través de su vista, olfato, sonido o tacto esté en condiciones de indicar como reveladores de la actividad criminal ("Horton v. California" 496US 128 (1990), citado por Alejandro Carrió en "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", pág. 236) (cfr. mi voto causa n° 3535 caratulada "Romero, Juan Carlos s/recurso de casación", Reg. Nro. 5017.4, rta. el día 10/7/2003).

En relación con ello, el último párrafo del art. 224 del C.P.P.N. establece que si en el estricto cumplimiento de una orden de allanamiento, se encontraren objetos que evidencien la comisión de un delito distinto al que motivó la orden, se procederá a su secuestro y se le comunicará al Juez o Fiscal interviniente."

Ello en virtud de que, del detalle de cómo se fueron sucediendo los hechos, surge que el allanamiento realizado en el domicilio de calle Buenos Aires N° 236 de esta ciudad, habitado por Leandro Gabellota resultó totalmente legítimo, que Torreani obro conforme a ley y que la Fiscalía al tomar conocimiento de que se obtuvo material pornográfico de menores de edad en el teléfono celular de Gabellota, puso el material a disposición de las partes para su control y solicitó la correspondiente ampliación de formalización de la IFP.

40. Ahora bien, en lo que respecta al derecho a la intimidad de Leandro Gabellota, el art. 19 de nuestra Constitución Nacional establece: *"Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados..."*, de ningún modo entendemos que se haya avasallado su derecho a la intimidad sino que se dio prioridad –tal como lo hizo el legislador- a la protección de los menores. Aquí no nos encontrábamos con el caso que prevé el artículo, sino que para quedar protegido por esta manda constitucional es necesario que las acciones achacadas no afecten el orden, la moral pública ni perjudiquen a terceros, claramente tener material en el que aparecen menores de edad realizando conductas sexuales explícitas no configura dentro de las acciones que quedarían exentas de la autoridad de los magistrados.

En este sentido es dable destacar que: *"Se entiende que estos delitos contienen un efecto pernicioso para el menor, cuyo combate exige desplazar un concepto individualista de la libertad, pues el reconocimiento que hace el art. 19 de la CN de esta garantía, lo es en función del bien común, que en este caso cede al afectar derechos consagrados con jerarquía constitucional, como la dignidad de la persona humana y el interés superior del niño."*

"...La tenencia de material pornográfico de menores, sin duda, trasciende la esfera privada y como ya se dijo constituye materia de reproche, precisamente, porque no se trata de pornografía de adultos, sino de adultos que abusan de menores a través de diversos medios, en particular el tecnológico, medio que facilita y propicia la producción de material que involucra a menores demostrando un daño al bien tutelado, exponiendo a los menores a la potencialidad de sufrir o renovar el daño a sus personas." ("Distribución de material de abuso o explotación sexual en perjuicio de niños: contacto telemático con menores de edad y fines sexuales: grooming" / Carlos Ochoa. - 1a ed. - Río Cuarto : UniRío Editora, 2020.).

Errónea valoración de la prueba

41. El primero de los agravios se relaciona con que, la formación en computación de Leandro Gabellota, que ha sido acreditada en las presentes actuaciones, fue usada para presumir que debió haber conocido del material pornográfico existente en su teléfono celular.

Al respecto de la propia declaración de Gabellota de fecha 09-08-2021 durante la Audiencia Ampliación de Formalización (Pista 3 min. 4:33), surge que trabaja como técnico de computadoras desde sus 19 años, es más posteriormente mediante actuación N° 2701138 el Defensor acompaña como prueba "Constancia de Aprobación" expedida por el Instituto Giuseppe de fecha 08-04-2017 de Curso reparador de PC aprobado por Leandro Daniel Gabellota y también acompaña "Certificado de Estudiante" de fecha 10-08-2021, mediante el cual se certifica que Leandro Daniel Gabellota se encontraba inscripto como estudiante de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad Nacional de La Pampa en la carrera de "Profesorado de Computación" con fecha de ingreso 09-09-2016, encontrándose en ese momento realizando actividades curriculares regulares.

42. Asimismo, surge de los testimonios de Emanuel Cavero (amigo de Gabellota), quien declaró que conoce al condenado desde 2015, que Leandro realiza servicio técnico de computadoras y que usa siempre herramientas tecnológicas, lo ha ayudado reparándole su computadora cuando se le rompió el disco y en otra oportunidad cuando se le rompió su celular lo ayudó a cambiarle la pantalla. Por otra parte, Nerio Herlein Rath (amigo de Gabellota) declaró que lo conoce desde hace aproximadamente 25 años, y que Leandro se dedica a la reparación de computadoras, es técnico. (Pistas 6 y 9 respectivamente del acta del 2° día de debate).

43. Teniendo en cuenta todo ello, consideramos que la conclusión a la que arriba la Magistrada sentenciante es acertada, ello en virtud de que a nuestro entender a quedado suficientemente probado que Gabellota tenía conocimientos informáticos, técnicos y tecnológicos que superan ampliamente los de un simple usuario. Siendo la reparación de computadoras su sostén económico hace muchos años, y habiéndose capacitado para ello conforme lo aportado.

Si bien es cierto que el Perito Torreani en el debate manifiesta que, es posible que videos o fotos que se envíen a un grupo del que uno sea parte se almacenen automáticamente, no menos cierto es que, el Perito explicó que la aplicación tiene la función de que se descargue automáticamente o que se inhabilite la descarga, es una acción del usuario, si no la deshabilita es automático.

Al respecto y teniendo en cuenta la formación académica con que cuenta Gabellota, consideramos que no hay lugar a dudas de que éste conocía de la existencia de los videos en su teléfono, ya que, parte de su trabajo es manejar el almacenamiento y las descargas de material en los distintos dispositivos con los que trabajaba a diario.

44. En este sentido, y respecto de que Leandro Gabellota al momento del allanamiento, entregó voluntariamente el teléfono celular y también su patrón de desbloqueo, lo cierto es que este dato no hace a la cuestión, ya que, al ser allanado su vivienda con una orden que disponía el secuestro de todos los aparatos informáticos que hubiere en el domicilio, incluidos celulares, Gabellota no tenía mayores alternativas que la de entregar el teléfono.

45. Así y en lo que respecta a la aplicación Telegram y a su política de no revelar información de sus usuarios, lo que implica no dar aviso a las autoridades gubernamentales de la descarga de videos con contenido de pornografía infantil, como sucede con otras aplicaciones, si bien puede resultar cierto que su sede no se encuentra en Rusia, al referirse Torreani a ello lo hace haciendo hincapié en el cuidado de la información que manejan y en no develar nada aun cuando sea contrario a la ley. Ello independientemente de donde se encuentre su sede, es decir, la cuestión que trae a tratar en el debate el origen de Telegram, surge como respuesta a por qué no se encendieron las alarmas al ser descargado este tipo de contenido, tal como ocurriría con Google, por dar un ejemplo.

46. Ahora bien, luego de un exhaustivo análisis no solo de las pruebas incorporadas al proceso sino de la fundamentación que sirvió de base para la condena de Leandro Gabellota, entendemos que la sentencia puesta en crisis es correcta y sigue los lineamientos de la sana crítica racional, toda vez que, los fundamentos vertidos en la misma permiten afirmar que ha existido una relación necesaria entre los indicios, la prueba directa y la conclusión arribada, la cual permite sustentar válidamente la declaración de certeza que requiere una sentencia condenatoria.

Ya que permitió tener por acreditado que el Gabellota tuvo en su poder almacenado en un dispositivo informático –teléfono celular- imágenes y videos de menores de 18 años de edad en actividades sexuales explícitas, no advirtiendo en el resolutive atacado una valoración arbitraria o sesgada con relación a la totalidad de la prueba producida.

47. En razón de lo expuesto, corresponde no hacer lugar al recurso de impugnación interpuesto por el Defensor Particular –Dr. Simón Barreto- y confirmar en todos sus términos la Sentencia N° 56/2023 de fecha 03 de octubre de 2023 por la Jueza de la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción Judicial – Dra. Alejandra Ongaro-.

Por ello, la Sala A del Tribunal de Impugnación Penal,

RESUELVE:

PRIMERO: No hacer lugar al recurso de impugnación por el Defensor Particular –Dr. Simón Barreto- y confirmar en todos sus términos la Sentencia N° 56/2023 de fecha 03 de octubre de 2023 por la Jueza de la Audiencia de Juicio de la Primera Circunscripción Judicial –Dra. Alejandra Ongaro-.

SEGUNDO: Notifíquese a la Audiencia de Juicio de la I Circunscripción judicial y a la Oficina Judicial de la I Circunscripción Judicial de conformidad con lo previsto por el Acuerdo STJ 3685. Anexo I. Punto D2.

TERCERO: Regístrese, Notifíquese, protocolícese y oportunamente archívese.