

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 25535/11 STJ

SENTENCIA Nº: 237

PROCESADO: H.O. C.R.

DELITO: ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL AGRAVADO POR EL USO DE ARMA – TENTATIVA DE ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL – ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMA – TODO EN CONCURSO REAL

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 02/11/11

FIRMANTES: BALLADINI – SODERO NIEVAS – CERDERA (SUBROGANTE) EN ABSTENCIÓN (NO FIRMA POR COMISIÓN DE SERVICIOS)

///MA, de noviembre de 2011.-

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “H.O., C.R. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO S/ CASACION” (Expte.Nº 25535/11 STJ), puestas a despacho para resolver, y- - - - -

CONSIDERANDO:- - - - -

----- Que la deliberación previa a la resolución (cuya constancia obra a fs. 1969) ha concluido con el acuerdo de los señores Jueces que se transcribe a continuación.- - -

El señor Juez doctor Alberto Italo Balladini dijo:- - - -

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 28 del día 26 de agosto de 2011, la Cámara Segunda en lo Criminal de San Carlos de Bariloche resolvió -en lo pertinente- condenar a C.R.H.O., como autor penalmente responsable de los delitos de abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de arma (hechos nominados segundo y tercero), tentativa de abuso sexual con acceso carnal (hecho nominado séptimo) y robo calificado por el uso de arma (hechos nominados segundo, tercero y octavo), todos en concurso real, a la pena de treinta años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, 42, 45, 55, 119 tercer y cuarto párrafo inciso d) y 166 inciso 2º del Código Penal).-

-----1.2.- Contra lo decidido, el defensor del prevenido, doctor Gustavo Butrón dedujo recurso de casación, el que fue declarado admisible por el a quo.- - - - -

-----2.- Agravios de la casación:- - - - -

-----2.1.- A fs. 1959/1962 el señor Defensor Oficial, en prieta síntesis, refiere que el a quo ha efectuado una apreciación arbitraria de la prueba acercada al proceso y
///2.- que ha fallado sobre base de prueba ilegítimamente conseguida, que invalida todo el proceso.- - - - -

----- Que el a quo resolvió invalidar la prueba derivada del hisopado bucal practicado al imputado, obrante a fs. 1183/1184, y los puntos de pericia de fs. 326, referido al acto técnico indicado. Que la consecuencia de aquella nulidad no lo fue con el alcance que él había solicitado, que se refería a la nulidad de todo el proceso, atento a las derivaciones investigativas de aquella pericia, que habían sido el motivo fundamental de la posterior imputación en contra de su asistido.- - - - -

----- Alega que discrepa con el sentenciante en cuanto a que existían ya al momento de realizarse el hisopado bucal otras líneas de investigación que con idéntica fuerza a la ya desacreditada, llevaban al prevenido al banquillo de los acusados. Para ello, refiere que ya el Juez de Instrucción de la causa, doctor Gaimaro Pozzi, dijo que la investigación nace en las pruebas derivadas del indicado hisopado bucal, corroborada esta circunstancia en la requisitoria fiscal.- -

----- Agrega el recurrente que la Cámara señaló dos caminos que los investigadores tenían para llegar a esclarecer los casos en estudio. Uno era el retrato hablado y posteriores “identikit” aportados por las víctimas. Que también lo fueron los dichos de la testigo B., a quien A.M. le dijo que un tal C.H. podría ser el autor de los hechos. Menciona que por otro lado el a quo señaló como línea investigativa la llevada adelante por la Policía de la ciudad de Córdoba en el ámbito de teléfonos celulares.- - - - -

///3.-

----- Que en relación a esto, señaló el doctor Butrón que los retratos aportados no se parecen uno de otros y que en todo caso, por el parecido, se tuvo que detener al 30% de la población de la localidad. Que en relación a lo dicho por la testigo B. refiere que se tratan de “dimes y diretes” que no pueden tener seriedad investigativa. En relación a la última línea de investigación, expresa que el perito cordobés traído especialmente al

juicio, concluyó que uno de los teléfonos sustraídos en los hechos tenía relación con J.H.O., hermano del imputado (y no con este).- - - - -

-----3.- Aplicación de la Sentencia 27/09: Considero de aplicación al caso la doctrina legal que surge de la Sentencia 27/09 STJRNSP, en el sentido de que “1º) [l]as resoluciones del a quo deben dar estricto cumplimiento a la motivación exigida por los arts. 98, 374, 375 y ccdtes. del CPP, art. 200 de la Constitución Provincial y art. 18 de la Constitución Nacional.- - - - -

-----“2º) El recurso de casación \\\'se viste de las notas de los recursos ordinarios\\\' (conf. MORELLO y GONZÁLEZ CAMPAÑA -v. Se. 135/08 STJRNSP-).- - - - -

-----“3º) Las impugnaciones del recurso de casación deberán contener la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas, indicando la declaración que pretende del Tribunal sobre los puntos debatidos; como asimismo, la refutación en forma concreta y razonada de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión recurrida en relación con las cuestiones que se hayan planteado (conf. arts. 418 y 433 del CPP; también ver

///4.- Acordada 4/07 de la CSJN).- - - - -

----- “4º) La habilitación de la instancia de casación requiere la presentación plausible de agravios que objetiva y razonablemente señalen un error de la decisión que, de ser cierto, conduzca a la eliminación total o parcial de la resolución.- - - - -
- - - - -

----- “5º) Los agravios carentes de fundamentación concreta y razonada permiten al Superior Tribunal de Justicia mencionar esta circunstancia, fundarse en ella y remitirse a los correspondientes argumentos del fallo de la anterior instancia o del dictamen del Procurador General del de la Provincia (art. 215 y ss C.P., Ley K 4199) indicando la cuestión y su conclusión que tienen plena eficacia ante los agravios del recurrente que resultan insuficientes para refutarlos”.- - - - -

-----En este orden de ideas, luego de una revisión integral de la sentencia dictada en autos, me remito a lo claramente sostenido por los magistrados intervinientes, por

cuanto poco tengo que agregar a sus consideraciones, que responden a los agravios de la parte recurrente. Debo, sí, mencionar que en su libelo, la defensa, no logra demostrar el yerro del sentenciante, dando cuenta solo de una mera divergencia con lo resuelto por el a quo.- - - - -

----- No obstante, efectuaré algunas consideraciones.- - -

-----4.- El recurrente se agravia en autos en relación al alcance procesal de la nulidad de la extracción de muestras genéticas de la boca del prevenido en oportunidad de ser detenido en sede policial. Así, el a quo, además de dicho

///5.- acto, anuló el informe pericial que resultaba de aquella actuación viciada.- - - - -
- - - - -

----- Se trata en el presente caso de verificar, entonces, hasta donde llega la exclusión probatoria como consecuencia de aquel acto anulado. Luego de una revisión integral de la presente causa y del plantel probatorio aquí colectado, entiendo que asiste razón al a quo cuando concluye que aquel remedio no debe extenderse a la totalidad del trámite, y ello en función de existir cauces de investigación independientes que permiten llevar al juzgador al mismo resultado: la condena del prevenido.- - - - -

----- Claramente, y en nuestra jurisprudencia de manera definitiva, (V.gr. fallo “FIORENTINO” de la CSJN Fallos, 306:1752), se deben excluir del proceso aquellas pruebas que sean conseguidas e ingresadas al trámite de manera ilegal. Se trata entonces de precisar cual es la suerte del resto de la prueba surgida de aquella nulificada. La suerte será la misma -teoría del fruto del árbol venenoso-. Ahora bien, a tal fin se requiere comprobar si existe una relación de dependencia entre aquel acto nulo y el restante plantel probatorio. De no existir este nexo o dependencia, la restante prueba será perfectamente válida.- - - - -

----- El a quo ha entendido que solo ha sido nulo el procedimiento prevencional de extracción de muestras de ADN al imputado en sede policial y los informes periciales consecuencia de aquel. Pero no consideró que el restante plantel probatorio se viera afectado, a saber, reconocimiento en rueda de personas, informes policiales, “identikit” realizados por algunas víctimas e informes

///6.- periciales, entre otros elementos de prueba. Consideró el fallo en crisis, que esta prueba base de la condena del prevenido, surgía de un carril investigativo independiente de la prueba nulificada, y por ende, era plenamente válida.- - - - -

-

----- Así, al momento de obtenerse el informe pericial anulado, en autos, el prevenido, era considerado para los investigadores como un posible autor del hecho. Y esto no era una mera presunción, ya que a fs. 519 el Crio. Adrián Pallalef informa al Fiscal interviniente que había recabado información que establecía que el presunto abusador buscado sería de nombre C.H. o F. (fechado el 28 de septiembre de 2009). Agregaré que a fs. 517 (2/10/09) obra informe dando características físicas del imputado y a fs. 519 testimonial de M.A.B. (28/9/09) corroborando lo informado a fs. 519.- - - - -

----- El mismo empleado policial había solicitado el 1 de octubre de 2009, al Juez de Instrucción, la factibilidad de practicar reconocimiento en rueda de personas del imputado por reunir características físicas del presunto autor del hecho investigado.-- - -

- - - - -

----- En fecha 17 de octubre de 2009 (fs. 369) los Agentes Fiscales intervinientes en la investigación dejaron constancia que el señor Miguel Robles, Jefe de la División Procesamiento de las Telecomunicaciones de la Policía Judicial de Córdoba, informaba que tras efectuar análisis y seguimiento de los aparatos celulares sustraídos a la víctima D., refiere que el abonado 0221-155931690 había sido habilitado el día 10/4/09 a las 20.00 horas, con otro

///7.- chip, correspondiente al abonado 02944-15623661, cuyo titular resultaba ser J.H.O. (hermano del prevenido) -agregaré que compareciendo como testigo al debate, éste no fue reconocido por las víctimas como autor de los hechos.- - - - -

- - - - -

----- El 24/11/09 (fs. 1466), en función de la declaración testimonial de I.C.M., se depositaban sospechas sobre el prevenido como autor de los hechos investigados.- -

----- Es decir, al 9 de noviembre de 2009, fecha en que se emitieron los informes periciales nulificados, (y aún después) existía en autos ya una línea de investigación que

tenía como sospechoso al imputado. Por lo tanto, resultó acertada la conclusión del a quo al rechazar la extensión de la nulidad decretada a la totalidad del proceso, debiéndose en esta instancia confirmar lo actuado y la condena a la que se arribó.- - - -

----- La Corte Suprema de Justicia de la Nación “dio pautas para la aplicación de la doctrina señalando que debe analizarse la proyección de un acto o procedimiento viciado sobre cada uno de los elementos probatorios incorporados a la causa. Aunque aconsejó que resultaba ventajoso el análisis de la consecuencia causal de los actos, pero siempre desde al óptica lógica y no desde las leyes de la física. También aceptó que debe tenerse en cuenta la posibilidad de incorporar pruebas por vías distintas de las impugnadas. Es decir, que el Tribunal a la vez de reafirmar la postura de la invalidez de la prueba de cargo incorporada ilegítimamente, introdujo el principio de que pueden computarse válidamente todas aquellas probanzas

///8.- incriminantes que no hayan sido incorporadas de aquella manera; en otras palabras, si existe otro cauce de investigación que ha sido iniciado conforme a las pautas legales y de este curso de pesquisa se derivan consecuencias desfavorables para el imputado, no cabe objeción alguna que formular.” (Sergio Gabriel Torres, Nulidades en el Proceso Penal, editorial Ad-Hoc, pag. 74/75).- - - - -

----- Siendo este el único agravio de la defensa, nada tengo que decir sobre la existencia del hecho y circunstancias de los mismos, ya que esto no ha sido motivo de recurso alguno.- - - - -

-----5.- Luego de una revisión integral de la sentencia en el marco de los agravios deducidos, una mejor administración de justicia aconseja negar la instancia de aquellos recursos que manifiestamente no pueden prosperar, atento al art. 18 de la Constitución Nacional, que manda a terminar en el menor tiempo posible con la situación de incertidumbre que todo proceso penal abierto conlleva, proponiendo al Acuerdo declarar inadmisibile el recurso de casación impetrado.- - -

MI VOTO.- - - - -

El señor Juez, doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:- - - -

----- Adhiero a los fundamentos vertidos por el señor Juez preopinante, y la propuesta

formulada al Acuerdo, agregando algunas consideraciones que hacen al caso de marras.-

- - -

----- Efectivamente, como lo sostuvieron el doctor Balladini y el señor Juez a cargo de desarrollar el voto mayoritario de la sentencia en crisis, doctor Héctor Leguizamón Pondal, el que comparto plenamente, dejada de lado la prueba nulificada, se puede apreciar la existencia de sendos cauces ///9.- de investigación independientes que logran dar sustento al fallo atacado.- - - - -

----- Nuestro Máximo Tribunal señaló in re “Rayford” (fallos 308:733) que “la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional...En definitiva, apreciar la proyección de la ilegitimidad del procedimiento sobre cada elemento probatorio es función de los jueces, quienes en tal cometido deben valorar las particularidades de cada caso en concreto. Resulta ventajoso para esa finalidad el análisis de la concatenación causal de los actos, mas no sujeta a las leyes de la física sino a las de la lógica, de manera que por esta vía puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados”.- - - - -

- - - - -

----- Este procedimiento fue realizado adecuadamente por el a quo. Así, excluida la prueba ilegal, refirió el sentenciante que “debemos partir de la base que la sospecha inicial respecto de H.O. no fue la prueba de ADN positiva. Tan es así, que esta detención obedeció a un conjunto de sospechas ya existentes. Entre estas, se destaca aquella nacida del testimonio coincidente y concordante de V.M., A.G.M. y M.A.B., quienes dieron fundamento al informe efectuado por el Crio. Adrián Pallalef de fecha 28 de septiembre de 2009 (fs. 519), dando cuenta a los Agentes Fiscales a cargo del caso, que la primera de las nombradas había reconocido a la

///10.- persona del “identikit”, que se trataría de una persona de nombre C.H. Estas mujeres que declararon en debate, confirmaron que fue V.M., quien trabajaba en el barrio Nahuel Hue, la que informó sobre esto a A.M., quien resulta ser nuera de B., siendo esta última la persona que concurre a la comisaría a trasladar esta información (fs. 518)... Por otra parte, también se cuenta con otra fuente informativa independiente,

en cabeza de I.C.M. Esta se hace presente el 24/11/09 -fs. 1466- para poner en conocimiento de la Policía que al observar el “identikit”, reconoció a quien había sido entre el año 1994 al 1996 su pareja y padre de una hija en común, ni mas ni menos que el imputado C.H.O...Pero la prueba independiente mas importante e incuestionable la constituye el destacado trabajo pericial desarrollado por la Policía de Córdoba quien prestó su generoso y valioso aporte en la investigación”. Agregó el Magistrado que este trabajo se inició con fecha anterior al hisopado bucal del imputado (prueba nulificada), apareciendo un dato concreto, que surge de la información suministrada por B., esta línea investigativa se encontraba en plena vigencia.- - - - -

----- Agregó el sentenciante que “[l]o cierto es que este cauce investigativo no solo es absolutamente independiente, es anterior a esta primer detención y conducía directamente al imputado. De esta forma podemos concluir que el círculo estaba cerrado. No fue este informe pericial de ADN el que inició ni la sospecha ni la única prueba de cargo. Los demás cauces investigativos llevaban necesaria y lógicamente a la
///11.- producción de la prueba que termina de vincular al imputado con todos estos hechos. Nueve meses de investigación anteriores justifican la sospecha en cabeza de H.O. No estamos en presencia de los casos típicos citados en la jurisprudencia en los cuales el hilo conductor se inicia en el mismo momento del vicio procedimental”.- - - - -

----- La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó in re “Gallo Lopez” dictado el 7 de junio del corriente año que “el a quo debió también atender, tales como los mecanismos especiales de protección de los derechos de quienes ya se encuentran en situación de vulnerabilidad, el agravio relativo a la prueba independiente, importa referir que el tribunal de juicio fundamentó las declaraciones de culpabilidad de Gallo Lopez en otras pruebas. A tal fin resultaron determinantes para la construcción de la sentencia condenatoria, a)..... Que, en tales condiciones, no puede sino colegirse de lo anterior que las pruebas objetivas -que en modo alguno fueron impugnadas por la defensa- consideradas por el tribunal de juicio a los fines de emitir su fallo condenatorio, debieron cuanto menos ser atendidas por el a quo en orden a examinar si constituían un curso causal probatorio independiente, lo que fundamenta per se el carácter arbitrario del pronunciamiento recurrido...” (G. 1359, XLIII, Recurso de hecho, Gallo López, Javier s/ causa N° 2222).- - - - -

----- En cuanto a la autoría y materialidad de los hechos que tuvo por acreditados el a quo me remito a los fundamentos dados por el sentenciante. Así, efectuando una ///12.- interpretación probatoria provista da sana crítica racional, haciendo uso de las reglas de la experiencia y la psicología, se determinó aquello en relación a los hechos investigados y juzgados.- - - - -

----- En relación al primer hecho se valoró el testimonio de la víctima P.S. de fs. 136, el examen médico de fs. 137, el informe de fs. 272, el informe pericial de fs. 890, el dictado de rostro de fs. 165/169 y el reconocimiento en rueda de personas de fs. 1005. En cuanto al hecho tercero, se analizó el testimonio de la víctima (fs. 551 y debate), inspección ocular plasmada a fs. 558/561, informe de fs. 1620, reconocimiento en rueda de personas de fs. 1004, entre otros. Respecto a los hechos, quinto, séptimo, octavo y noveno se valoró adecuadamente los testimonios de las víctimas, reconocimientos en rueda de personas de fs. 1463, 1476 e informe de fs. 1220. También ha resultado relevante, el dictamen de la perito Aída Raquel Ibarra, del Departamento de Análisis del Comportamiento Criminal de Córdoba, referenciando sobre este el a quo que “repasando una serie de tópicos comunes a todas las causas -que los acusadores han repetido en sus alegatos-, estableció desde su intervención el 23.9.2009 en éste jurisdicción, habiendo conocido los sitios de los ataques y entrevistado a las víctimas, que se trataba de un solo autor de conducta serial, con motivación esencialmente sexual, y solo contingente o secundario el robo. Todo en función de los patrones fisonómicos del imputado, sus capacidades, horarios y lugares de ataque, utilización de cuchillo o cordón, agresiones vaginales, violencia gradual, necesidad de

///13.- anclaje común a la zona, vocabulario, etc. Conforme “Protocolo de Análisis Operativo del caso” (fs. 1936).- - -

----- Concretamente se aprecia que desechada del análisis del juzgador la prueba nulificada, se cuenta en autos, no solo con otros cauces de investigación independientes, sino que también, con prueba de cargo que ha dado por acreditada la materialidad de los ilícitos y la participación del imputado.- - - - -

----- “La invocación de la violación de garantías constitucionales no obsta a la necesaria demostración del perjuicio sucedido, pues lo relevante es considerar los efectos en la causa de los incumplimientos formales denunciados. En el sub examine, la omisión de

la firma no ha perjudicado los intereses del recurrente, en tanto dicha forma incumplida era innecesaria para garantizar la veracidad del acto, atento al examen realizado a posteriori. Mantenido tal acto procesal, pierde relevancia toda crítica vinculada con la nulidad de aquéllos concatenados porque - es obvio - la doctrina de los frutos del árbol prohibido, invocada por el recurrente, necesita de la declaración de ineficacia de un acto del que depende el resto, lo que aquí no ha ocurrido.” (Se. 149/05 STJRNSP).- - - - -

- - - - -

MI VOTO.- - - - -

El señor Juez Subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:- - - - -

- - - - -

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

- -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obs-

///14.- tante haber participado del Acuerdo y haberse manifestado en el sentido expuesto supra, el doctor Francisco Antonio Cerdera no firma la presente por encontrarse en comisión de servicios,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Declarar formalmente inadmisibile el recurso de

----- casación deducido a fs. 1959/1962 de las presentes actuaciones por el doctor Adolfo Gustavo Butrón en representación del imputado y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia N° 28, dictada por la Cámara Segunda en lo Criminal de San Carlos de Bariloche en fecha 26 de agosto de 2011.- - - - - Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los

----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 15

SENTENCIA: 237

FOLIOS: 3032/3045

SECRETARÍA: 2