



“La Prueba Ilícita en el procedimiento Penal. La Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado (Exclusiones Probatorias) Excepciones.”

Proyecto de Investigación Aplicada (PIA)

ABOGACIA

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

GONZALO SEBASTIAN MURUA

2014



RESUMEN

La investigación estará dirigida a precisar en qué casos y bajo qué condiciones, un juez puede en el proceso penal, admitir o no pruebas las cuales sean obtenidas vulnerando las garantías constitucionales, para fallar sobre la absolución o condena de un imputado en Juicio, Si la prueba es ilícita no se puede valorar, es inaceptable, inadmisibile, tiene la sanción de ineficacia, más concretamente es nula. El elemento de prueba suele decirse que es la prueba propiamente dicha, porque es el dato probatorio que incorporado legalmente al proceso sirve para dar conocimiento; una característica de la prueba es la legalidad y al indagar qué sucedería en el proceso penal cuando se ha obtenido una prueba ilegalmente, en transgresión a la Constitución Nacional y a todas las leyes subordinadas de ella. Esta regla se conoce como “Regla de Exclusión Probatoria”, y también en algunos lugares la conocen con un nombre que viene de la Corte Suprema de Estados Unidos que es la doctrina del “Fruit of Poisonous Tree” o “De los frutos del árbol envenenado”. Esta prueba no solamente no sirve, sino que además no se puede valorar la prueba que deriva de esa prueba, es decir la prueba que es consecuencia inmediata de ella. Sin embargo esta regla posee varias excepciones las cuales detallaremos en profundidad. Los jueces se encuentran en una problemática trascendental a dictar sentencia, por un lado, entre lo moral o la ley como límite; y por el otro, sufrirían el reclamo social, referente a negligencias, intencionalidades sobre cuestiones procedimentales por parte de los encargados de administrar Justicia, haciendo hincapié las víctimas, vociferando sobre una Justicia ausente contra el delito. También se analizara la viabilidad de establecer un sistema de regulación de criterio uniforme para que comprenda en todos los niveles Judiciales.



ABSTRACT

The research is intended to clarify in which cases and under what conditions, a judge may in criminal proceedings, admit or evidence which are not obtained in violation of constitutional guarantees, to rule on the acquittal or conviction of a defendant on trial, if the test is unlawful can not be assessed, it is unacceptable, inadmissible, has the sanction of ineffectiveness, more specifically is zero. The evidence is often said that the test itself, because the data is legally incorporated evidence that serves to process knowledge, a feature of the test is to investigate the legality and what would happen in the criminal when it has obtained a evidence illegally, in violation of the Constitution and all laws subordinate it. This rule is known as "Probation Exclusion Rule" and also known in some places with a name that comes from the U.S. Supreme Court which is the doctrine of the "Fruit of Poisonous Tree" or "“ De los frutos del árbol envenenado". This test not only does not work, but also can not assess the evidence derived from that test, ie the test that it is an immediate consequence. However, this rule has several exceptions, which we will detail in depth. The judges are in a significant problem delivering judgment, on the one hand, between the moral and the law as a limit, and on the other, suffer the social demands concerning negligence, intentions on procedural matters on the part of those responsible for administering Justice, emphasizing victims, shouting on a crime absent Justice. Also analyze the feasibility of establishing a control system comprising uniform approach at all levels Judicial.



INDICE.

I- Introducción.	Pag. 8
II- Definición de objetivos generales y específicos.	Pag. 12
III- Metodología	Pag. 13
Capitulo 1: Aspectos generales de prueba.	Pag. 18
1.1 Concepto de Prueba.	Pag. 18
1.1.1 Clasificación de la Prueba.	Pag. 18
1.1.2 Diferentes Aspectos de Prueba.	Pag. 19
1.1.2.1 Elemento de Prueba	Pag. 19
1.1.2.1.1 Objetividad.	Pag.20
1.1.2.1.2 Legalidad.	Pag.20
1.1.2.1.3 Pertinencia	Pag.22
1.1.2.1.4 Relevancia y utilidad de la prueba.	Pag.22
1.1.2.2 Órgano de Prueba	Pag.22
1.1.2.3 Medio de Prueba.	Pag.23
1.1.2.4 Objeto de Prueba.	Pag.23
1.2 Concepto de Prueba Lícita.	Pag.23
1.3 Concepto de Prueba Ilícita.	Pag.24
1.3.1 Importancia en el Juzgamiento al detectarla.	Pag.25
Capitulo 2: Sistemas de Valoración de la Prueba.	Pag.27



2.1 Intima Convicción.	Pag.27
2.2 Prueba Legal.	Pag.28
2.3 Libre Convicción o Sana Crítica Racional.	Pag.28
2.4 Actividad Probatoria.	Pag.30
2.5 Libertad Probatoria.	Pag.30
2.6 Exclusiones Probatorias.	Pag.31
2.5.1 Medios de Prueba Regulados.	Pag.31
Capítulo 3: Posturas jurisprudenciales más relevantes a lo largo de la Historia que fueron incorporando a nuestro país la Regla de Exclusión Probatoria.	Pag.33
3.1 Historia y nacimiento de la Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado.	Pag.33
3.1.1“Silverthoner Lumber Co. Vs, United States, (1920)”	Pag.33
3.1.2“Nardone Vs United States, (1939) ”	Pag.33-34
3.2Fallos que incorporan a nuestro país la Regla de Exclusión Probatoria.	Pag.34
3.2.1“CSJN Charles Hermanos”	Pag.34
3.2.2 “CSJN, “Montenegro, Luciano Bernardino” 10/12/81”	Pag.35
3.2.3 “CSJN, “Fiorentino, Diego”, 27/11/84”.	Pag.35
3.2.4 “CSJN, “Daray – Carlos A”.-1994-12-22”	Pag.35
3.3 Encuadre jurídico de la Prueba Ilícita en la jurisprudencia nacional y provincial.	Pag.36
3.3.1 Existencia de la prueba Ilícita en la Jurisprudencia Nacional.	Pag.36



3.4 Existencia en la Legislación Nacional.	Pag.37
3.5 Existencia en la Legislación Provincial.	Pag.37
3.6 Comparación entre la Legislación Nacional y Provincial.	Pag. 37-38

Capítulo 4: Opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el alcance o extensión de las facultades de los jueces para dictar Sentencia en caso de una prueba Ilegal. Pag.39

4.1 Nivel Nacional y Nivel Provincial.	Pag.39
4.2 Análisis de Fallos en Córdoba.	Pag.39
4.3 Derecho comparado.	Pag.46
4.4 Otros Países.	Pag.46

Capítulo 5: Excepciones a la regla de Exclusión para el Juzgamiento al detectar una Prueba Ilícita, en los niveles Internacional, Nacional y Provincial. Pag.48

5.1 Fuente Independiente.	Pag.48
5.2 Descubrimiento Inevitable.	Pag.49
5.3 Buena Fe.	Pag.50-51
5.4 “In bonam partem” (eficacia a favor del imputado)	Pag.51
5.5 Principio de Proporcionalidad.	Pag.51
5.6 Teoría del Riesgo.	Pag.52
5.7 Aceptación e Incorporación a Nuestro Ordenamiento Jurídico.	Pag.53

Capítulo 6: Necesidad de regulación uniforme para que comprenda en todos los



niveles Judiciales con el objeto que los Jueces se subordinen a ella para aportar una calificada respuesta a la sociedad. Pag. 54

6.1 Problemática sobre la adaptación uniforme sobre la ley procesal, para todo el país y sus provincias, debido a la autonomía provincial (Códigos Procesales Diferentes). Pag.54

6.2 Iniciativa de Proyecto de Ley en sentido amplio. Pag.55

6.3 Factibilidad de elaborar una Ley de Fondo (Código Penal) para lograr la uniformidad Nacional de criterio. Pag.58

IV.- Conclusión. Pag.59

V.-Anexo Pag.62

VI- Bibliografía Pag.91



I. INTRODUCCION.

El presente trabajo final de graduación final (TFG) tiene como finalidad investigar acerca de en qué casos y bajo qué condiciones los jueces pueden condenar o absolver a un imputado en juicio si surge una prueba ilícita en el procedimiento penal y en el caso que se detecte dicha prueba, de qué forma se actúa. ¿Puede un juez admitir pruebas que sean obtenidas vulnerando las garantías constitucionales, y dictar sentencia condenatoria?

Si la prueba es ilícita, no se puede valorar, es inaceptable, inadmisibile, ineficaz y nula. Sabido es que la prueba debe ser legal; esto es, obtenida también mediante métodos lícitos y ajustados a derecho.

La idea es detenernos e indagar qué sucedería en el proceso penal cuando se ha obtenido una prueba ilegalmente, y en transgresión a la Constitución Nacional en primer término, dada nuestra forma Federal de Gobierno y a todas las leyes subordinadas de ellas, como así también a la normas de la provincia de Córdoba y realizar una comparación criteriosa.

Esta regla que sostiene que la prueba obtenida ilícitamente en relación a las garantías constitucionales, es inadmisibile e ineficaz, es lo que se conoce como **“Regla de Exclusión Probatoria”**. En algunos lugares la conocen con un nombre que viene de la Corte Suprema de Estados Unidos y es la llamada doctrina del **“Fruit of Poisonous Tree”** o **“De los frutos del árbol envenenado”**. La exclusión probatoria, tal como está instituida en el código procesal, establece no solamente que no sirve, que



no es válida, que no se puede valorar la prueba obtenida trasgrediendo garantías constitucionales, sino que además no se puede valorar toda aquella prueba que deriva de la ilícita, la que es consecuencia inmediata de esa prueba ilegal.

El objetivo de la investigación será analizar el Instituto de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal y las excepciones, hasta en nuestro sistema procesal de Córdoba, desde las distintas teorías del derecho comparado y observar las opiniones doctrinarias al respecto y la legitimación en el caso concreto; también se intentará realizar un proyecto de Ley que regule con criterio uniforme a todo el territorio de la Nacional y las provincias de la misma forma, tarea que no será fácil; por último, se propondrá un aporte personal como conclusión que de acuerdo a nuestro parecer, se considere correcta, evaluando jurisprudencia y opiniones doctrinarias que engloban la temática.

El trabajo final de graduación se dividirá en tres grandes líneas:

- En primer lugar se intentará dar los conceptos de prueba, naturaleza jurídica, clasificación de las pruebas, sus diferentes aspectos, concepto de prueba lícita e ilícita, y la importancia de la detección de esta última, dando una primera aproximación al tema.
- En el segundo capítulo, se observarán las facultades que poseen los jueces a la hora de evaluar la prueba, en donde se la puede detectar y quién la introduce al proceso.
- En el tercer capítulo se analizarán las posturas jurisprudenciales más relevantes a lo largo de la historia que fueron incorporando a nuestro país la Regla de Exclusión Probatoria, de donde es el origen de la doctrina del Fruto del árbol envenenado, los fallos que incorporan la temática a nivel internacional, nacional y que dieron el origen a nuestra legislación. Consiguiente veremos el encuadre jurídico que se adapta a



la Legislación nacional y provincial, una comparación, y análisis de los fallos sobre el objeto de investigación.

- En el cuarto capítulo se verán opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el alcance o extensión de las facultades de los jueces para dictar Sentencia en caso de una prueba Ilegal, en los niveles mencionados – Nacional y Provincial- con el mismo criterio de comparación y análisis, luego también analizaremos el derecho comparado, con EE.UU – precursor de la doctrina - y otros países.
- Por último, en el capítulo quinto se analizaran las distintas excepciones a la regla en estudio, en todos los niveles analizados adaptados en nuestro país y describir las que existen.
- En el último y sexto capítulo se analizará acerca de la necesidad de regular en forma uniforme una ley que comprenda en todos los niveles de nuestro país (Nacional-Provincial) y con el objeto de que los Jueces se subordinen a ella para aportar una calificada respuesta a la sociedad. Se intentará a la vez proyectar una ley, y advertir la problemática que dificulta hacerlo, ya en primer término debido a la autonomía provincial (Leyes de forma o procesales) que regulan las provincias , y la ley sustantiva o de fondo (en este caso Código Penal) que es para todo el país, obstáculo que comienza de manera manifiesta, no obstante ello emprenderemos la iniciativa de un proyecto de ley en sentido amplio y la factibilidad de elaborar una Ley de Fondo (agregada al Código Penal) para lograr la uniformidad Nacional de criterio sobre la cuestión planteada.

Se considera importante la elaboración del presente trabajo de investigación, ya que en un procedimiento penal - lógicamente de Orden Público - en los casos en que los jueces tengan que condenar o absolver a un imputado en juicio si se detecta una prueba ilícita en el proceso; esta situación configura un fuerte atentado a las garantías



constitucionales fundamentales de los individuos, como así también trae aparejado a que el Poder Judicial ante tal situación debe dar una respuesta a la sociedad la cual demanda constantemente Justicia ante un hecho delictual, y con la dificultosa defensa tras el mal funcionamiento del sistema y más precisamente de los funcionarios que lo integran, por falencias en el cumplimiento de la incorporación de pruebas al proceso, actividad que acarrea el mismo estado. Estos derechos fundamentales del ciudadano configuran las bases de cualquier estado republicano y de una democracia bien orientada para lograr una equidad social.-

Las presiones de los medios de comunicación y periodistas ejercidas sobre la Justicia por cada hecho delictual aberrante, han cobrado especial notoriedad pública en nuestro país en los últimos años. Aunque no se trata de un problema manifiesto público, la existencia de casos judiciales en lo penal van en aumento –tanto a nivel provincial como nacional- pero con una diferencia de criterio notoria entre provincia y Nación al sentenciar, lo cual no resulta justo teniendo en cuenta que existe un derecho de fondo que es el Código Penal Argentino, el cual castiga las conductas antijurídicas de los habitantes de la nación y no en cada provincia de manera disímil.

Muchas cosas favorecen en Argentina para que este fenómeno de la prueba ilícita en el proceso penal se enderece, encamine y se solucione con éxito. A nuestro criterio hablamos de un país que carece de una legislación uniforme, que, con criterios objetivos establezca pautas a las que al detectarla se tenga una regla o un criterio similar y los jueces deban someterse a ella a la hora de detectarla para ultimar con una solución favorable al caso concreto.

Culminamos advirtiendo y ya un poco reiterativo, pero no está de más señalarlo, que los Jueces se encuentran en una problemática trascendental a dictar sentencia, dado a que al utilizar una prueba ilícita estarían en una controversia, por un lado, entre lo moral o la ley como límite; y por el otro, sufrirían el reclamo social, referente a negligencias, intencionalidades sobre cuestiones procedimentales por parte de los encargados de Administrar Justicia, haciendo hincapié las víctimas, vociferando



sobre una Justicia ausente contra el delito, es por eso de la elección del tema que trataremos de nuestro humilde lugar darle una solución a la problemática.

II. DEFINICION DE OBJETIVOS GENERALES Y ESPECIFICOS.

OBJETIVOS GENERALES

- Analizar bajo qué condiciones los jueces pueden considerar la prueba Ilícita en el procedimiento Penal para condenar o absolver a un Imputado en Juicio, al momento de dictar Sentencia.
 - Analizar la factibilidad de legislar ante la prueba Ilícita en el proceso Penal Nacional y Provincial, con el objeto de que una Ley uniforme actúe en todo el país con el mismo criterio para el Juzgamiento.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar la recepción del instituto Prueba Ilegal en el derecho comparado.
- Identificar de donde surge la Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado.
- Identificar las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre el alcance o extensión de las facultades de los jueces para dictar Sentencia en caso de una prueba Ilegal.
- Comparar los criterios que poseen los jueces al dictar Sentencia detectada la Prueba Ilegal en el proceso Penal.



- Distinguir en el Proceso los mecanismos de Libertad Probatoria y Exclusiones Probatorias.
- Distinguir qué se entiende por Prueba Lícita e Ilícita en el Proceso Penal.
- Destacar la importancia del instituto de la prueba Ilícita en el Juzgamiento de un imputado por delito.
- Analizar que provoca en la democracia la laguna normativa de la Prueba Ilegal, por no tener una uniformidad de criterio al dictar sentencia, variando en distintas provincias condenas o absoluciones, con el mismo caso investigado, no siendo admitido por la sociedad actual.
- Precisar las excepciones en la legislación Internacional y las introducidas a nivel Nacional y Provincial de la prueba ilícita.
- Analizar el encuadre jurídico de la Prueba Ilícita en la jurisprudencia nacional y provincial.
- Analizar la viabilidad de establecer un sistema de regulación de criterio uniforme para que comprenda en todos los niveles Judiciales (Nacional y Provincial).

III. METODOLOGIA DE INVESTIGACION

La investigación científica que nos hemos propuesto en esta oportunidad, tiene como finalidad establecer un marco metodológico que ponga de manifiesto las pautas que guían al investigador, para poder desarrollar el Trabajo de Graduación Final no solo para este caso, sino que es indiscutible que en todo trabajo de investigación, debe basarse en una metodología. Por ello se explicará qué tipo de investigación, técnicas y procedimientos se pretenden utilizar.



a) Tipo de Investigación.

Se utilizará el llamado método descriptivo, que “apunta a hacer una descripción del fenómeno bajo estudio, mediante la caracterización de sus rasgos generales. Estos estudios no implican la comprobación de hipótesis, ya que su finalidad es describir la naturaleza del fenómeno a través de sus atributos” (Yuni y Urbano, 2006, p. 80) y también el método exploratorio, al que describen Hernández con otros autores: “Los estudios exploratorios nos sirven para aumentar el grado de familiaridad con fenómenos relativamente desconocidos, obtener información sobre la posibilidad de llevar a cabo una investigación más completa sobre un contexto particular” (Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista, 1991, pág. 58).

Estos métodos utilizados sobre la base de una hipótesis expuesta (en este caso las facultades de los jueces al sentenciar cuando hay una prueba ilegítima) partiendo de la hipótesis intentando establecer en qué casos y bajo qué condiciones los jueces pueden condenar o absolver a un Imputado en Juicio si surge una prueba ilícita en el Procedimiento Penal, como así también reflexionar cuando se aplica la Regla de Exclusión penal y cuando no, cuando y donde se aplica en nuestro país, las excepciones a la regla, por qué motivos, donde está legislado y donde no. Se intentará recolectar diferentes tipos de datos o información para luego analizarla y exponerla de manera tal que pueda apoyar a la hipótesis que tratamos. Se utilizará recolección de legislación, análisis jurisprudenciales, informes de revistas especializadas y doctrina existente en la actualidad y se verá la posibilidad de instrumentar una ley de criterio uniforme para toda nuestra Nación y las provincias, situación que no será fácil debido a que hablamos de Derecho procesal y como sabemos los Códigos Procesales los dicta cada provincia (autonomía provincial) mientras que a nivel Nacional se dictan los códigos de fondo (Penal, Civil, Comercial, etc.).

b) Estrategia de investigación:

Expuesto el tipo de estudio ut supra, se indicará cual será la **estrategia metodológica** a utilizar. Existen tres tipos de estrategia metodológica: la cualitativa, la



cuantitativa y la cuali-cuantitativa. La diferencia principal entre ellas es que la cualitativa emplea términos estrictamente verbales mientras que el cuantitativo utiliza también términos matemáticos y la cuali-cuantitativa combina los términos verbales y los matemáticos.

A los fines de la investigación, nos vamos hacer dueños de una estrategia de tipo cualitativo: “La investigación cualitativa se considera como un proceso activo, sistemático y riguroso de indagación dirigida, en el cual se toman decisiones sobre lo investigable, en tanto se está en el campo objeto de estudio.” (Pérez Serrano, 2007, p. 3).

Se utilizará tal método a fin de poder dar un correcto uso de toda la información recopilada, con el objeto de conformar un ensayo medido y darle comprensión a la temática planteada. Con este tipo de investigación se indicarán los precedentes legales que fueron estableciendo el tema abordado de la prueba ilícita en el proceso penal, aquellos más significativos en nuestro país; de donde surgen los antecedentes (derecho comparado o internacional) y luego se evaluará el tratamiento en la actualidad de la aplicación de este conflicto en las distintas legislaciones, como así también se tratara de elaborar un proyecto de ley uniforme que regule toda la Nación Argentina con el mismo criterio. Por otro lado, no se utilizará ningún tipo de extracción de datos del tipo de encuestas o entrevistas, sólo se limitará a recolectar información existente sobre el tema ósea que descartaríamos la estrategia cuantitativa.

c) Las fuentes de donde se obtendrá la información son:

❖ **Primarias:** Información sobre la cual se basará la investigación. Principalmente se tendrá en cuenta el Instituto de la prueba Ilícita en el procedimiento Penal (La regla de Exclusión Penal), más conocida como la Doctrina del Fruto del Árbol envenenado, los fallos internacionales como (Silverththoner Lumber Co. Vs, United States, (1920) 251.US.385); (Nardone Vs United States, (1939) 308.US.338) y los que fueron marcando la tendencia en nuestro país, expresados en los fallos “CSJN “Charles Hermanos”, fallos-46:36), (CSJN, Montenegro, Luciano Bernardino 10/12/81, Fallos 303:1938),



(CSJN, "Fiorentino, Diego", 27/11/84, Fallos 306:1752) y (C.S.J.N Daray – Carlos A.-1994-12-22), También se citará, analizara y evaluarán las leyes nacionales, provinciales referente a la temática para así determinar cómo fueron evolucionando las facultades de los jueces y cómo repercute en el ámbito de las sentencias.

- ❖ **Secundarias:** Reportes de investigación basados en fuentes primarias. Por ejemplo, libros específicos del tema, críticas, análisis de documentos, opiniones doctrinales, y demás.

d) Técnica de recolección de datos:

Observación de datos o de documentos: se analizarán los documentos y datos obtenidos a partir de las fuentes primarias, secundarias y proyectos de ley. En este caso la legislación citada, los fallos jurisprudenciales y la doctrina contenidos en libros. Mediante este análisis u observación en el caso de la legislación, queremos observar de qué manera se recepta el instituto de la Fruta del Árbol envenenado en la legislación actual; mediante la jurisprudencia se analizará de qué manera impactó y fue aplicándose, cómo es su consideración actual y valoración por parte de los magistrados judiciales. En el caso de la doctrina, se intentará evaluar y valorar de qué manera los diferentes autores han interpretado esta incorporación de la prueba ilegítima en el proceso penal y las distintas tendencias en que apoyan estas. “Los instrumentos de recolección de datos tienen que asegurar que se obtenga la información necesaria para alcanzar los objetivos. De ese modo, la selección de las técnicas e instrumentos tiene que realizarse en función de su utilidad para obtener los conocimientos expresados en los objetivos.” (Yuni y Urbano, 2006, p. 95).

e). Delimitación temporal/nivel de análisis del estudio:



El trabajo abarcará a un periodo de tiempo extenso, ya que su primera tendencia Internacional fue a principios del Siglo XX del año 1920 en el Tribunal Supremo de EE.UU, que se pronunciaba por la temática abordada, adoptando nuestra Legislación con diferentes fallos sobre el asunto durante el siglo XX hasta el último fallo que se pronuncio en diciembre de 1994 en el Caso “Daray” donde incorpora la regla de Exclusión y también la Doctrina de los Frutos del Árbol Envenenado mencionando la misma que se violaba las garantías de la Constitución Nacional. Dentro de este periodo será importante tener en cuenta, la regulación en los nuevos códigos procesales, en cual está legislado y en cuales no, También se analizarán los distintos casos y las excepciones a la regla como se aplican y donde están legisladas de alguna manera o si están interpretadas por lo implícito de la literalidad del artículo.

No será suficiente con el análisis de la temática solo en el orden nacional, sino que también contemplará el análisis de ordenamientos extranjeros que se encuentren actualizados en el tema. También me veo en la necesidad de tener que instrumentar una legislación que la regule en sentido más estricto y uniforme, para que se obligue a los Magistrados a cumplirla con el fin de que la sociedad quede satisfecha cuando se dicte una sentencia.



CAPITULO 1

*** Aspectos generales de prueba.**

1.1 Concepto de Prueba.

Para iniciar el tema iremos desglosando los distintos conceptos que harán un mejor entendimiento del instituto que hemos planteado. En una primera aproximación al concepto de prueba la Real Academia Española en forma genérica define prueba como “acción y efecto de probar, -indicio o muestra-”, de una manera más aproximada y relacionada al derecho la especifica literalmente “justificación de la verdad de los hechos controvertidos, hecha por los medios que autoriza la ley”¹. Técnicamente la prueba y según DEVIS ECHANDIA “Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados por la ley, los motivos o las razones para llevar al Juez el

¹ Diccionario Enciclopédico Ilustrado con Asesoramiento de la Academia Arg. De Letras, Bs As Ed. Argentino S.A.



convencimiento o la certeza sobre los hechos” (Davis Echandia, Hernando,1984 p.35) Asimismo y en forma más específica define “Prueba Judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados por la ley, para llevarle al juez el convencimiento con la certeza sobre los hecho” (Davis Echandia, Hernando,1984 p.35). Definiciones que incorporaremos al trabajo de investigación con el objeto de plantear el tema desde esta perspectiva. Lo expuesto en una primera aproximación, es notorio en su literalidad expresada en cuanto narra, “*hecha por los medios que autoriza la ley o medios y procedimientos aceptados por la ley*”, quedando determinado que cualquier prueba que ingrese al proceso sin esas condiciones, quedaría excluida inexcusablemente.

1.1.1 Clasificación de la Prueba.

Las pruebas según Devis Echandia se clasifican en:

- a) Según el objeto: Directas, Indirectas, principales y accesorias.
- b) Según la forma: Escritas y Orales.
- c) Según su estructura: Personales, reales o materiales.
- d) Según su función: Históricas, críticas y lógicas.
- e) Según su finalidad: De cargo, de descargo, formales y sustanciales.
- f) Según su resultado: Plenas, perfectas , imperfectas e incompletas
- g) Según el grado: Primarias, secundarias, principales o supletorias.
- h) Según el proponente: De oficio, de parte, de terceros.
- i) Según la oportunidad: Proceso, extra proceso, preconstituidas, y causales
- j) Según su contradicción: Sumarias y controvertidas.



- k) Según su utilidad: Conducentes, inconducentes, pertinentes, impertinentes útiles, inútiles, posibles o imposibles.
- l) Según relación otras pruebas: simples, complejas, concurrentes , contrapuestas
- m) Según medios de prueba: Testimoniales, periciales, etc.
- n) **Según su licitud o ilicitud: Licitas o Ilícitas.** (Davis Echandia, Hernando, 1984 p.35 y s.s)

La descripción expuesta es a título descriptivo, y solo nos referiremos a la última clasificación descripta en el punto “n” que es lo significativo de nuestro objeto de estudio.

1.1.2 Diferentes Aspectos de Prueba.

1.1.2.1 Elemento de Prueba.

El elemento de prueba suele decirse que es la prueba propiamente dicha, porque es el dato probatorio que incorporado legalmente al proceso sirve para dar conocimiento; las características que deben tener los elementos de prueba, son la objetividad, relevancia (utilidad), pertinencia y la legalidad. Referente al elemento de prueba tenemos una definición utilizada por el Dr. Cafferata Nores quien nos expresa que “Es todo dato objetivo que se incorpora *legalmente* el proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva” (Cafferata Nores, José 2003 Pag. 16). Concepto que este autor se lo atribuye a Alfredo Vélez Mariconde (VELEZ MARICONDE, Alfredo 1986, t I, pag 314, y t II, pag 201). Para comprender lo expuesto lo clarificaremos con un ejemplo. En una prueba pericial de un perito bioquímico que realizara la comprobación de alcohol en sangre, el elemento de prueba de una prueba pericial sería la conclusión del perito - 0,5 mg de alcohol en sangre - dato que se ingresa al proceso, es la prueba propiamente dicha. Como expusimos anteriormente las características de la prueba o principios como las



menciona el prestigioso autor (Cafferata Nores), son la objetividad, relevancia (utilidad), pertinencia y la legalidad, a continuación describiremos cada una de ellas:

1.1.2.1.1 Objetividad.

El dato debe provenir del mundo externo al proceso y no ser un mero fruto del conocimiento privado del juez, carente de acreditación objetiva; y su trayectoria (desde afuera hacia dentro del proceso) debe cumplirse de modo tal que pueda ser controlada por las partes. Esto quiere decir que las partes pueden controlar todo el proceso de “construcción” de la prueba, su “encadenamiento causal”; o sea desde la aparición del simple dato originario, su forma de obtención, y sus procedimientos de corroboración, hasta su incorporación formal al proceso, no pudiendo sólo controlar este último momento porque semejante limitación podría afectar gravemente el derecho de defensa. La *verdad real* sobre la etiología del dato probatorio puede quedar encubierta bajo el manto de su “incorporación” formal al proceso (Cafferata Nores, José 2003 Pag. 17 y s.s).-

1.1.2.1.2 Legalidad.

Deberíamos analizar esta característica más en profundidad, ya que de aquí en mas surgirá nuestra problemática abordada, si este precepto se cumpliera no estaríamos analizando este tema. Por lo expuesto y viéndolo desde la óptica contraria nos planteamos lo siguiente: que sucedería si en el proceso penal, se obtiene una prueba ilegalmente, una prueba en infracción a las garantías constitucionales y a la constitución, obviamente que al contestar esta pregunta concluiremos en que esa prueba será causal de nulidad inexcusablemente, puede no ingresar directamente al proceso, por lo que en una palabra es inútil, es una prueba que es ilegal, y contraria a la constitución. Que una prueba sea ilegal e inútil, es lo que se conoce en el derecho como “**regla de exclusión**” y a su vez hay una regla que también dice que es inútil esa prueba, sino que además también las que deriven de ellas que son consecuencias necesarias de la ilegal (Fruto del Árbol envenenado). Verbigracia: Si un acusado es



torturado por personal policial para que diga dónde está el arma homicida con la cual mato a dos personas, y este manifiesta debido a la violencia recibida que el arma homicida está enterrada en su casa, en la parte trasera de un aljibe dando precisión exacta, siendo esta una confesión ilegal, puede ser que el fiscal le pida un allanamiento al juez para secuestrar el arma en base a esa confesión y mediante una orden de allanamiento se secuestra el arma. Si tomamos el secuestro del arma aisladamente, supongamos que el fiscal le pidió una orden de allanamiento al juez y con la orden de allanamiento fueron y secuestraron el arma, si lo tomamos aisladamente el secuestro del arma podría ser válido porque ha sido secuestrado dentro de una orden de allanamiento, sin embargo, por la regla de la fruta del árbol envenenado, y cuando deriva como una consecuencia necesaria de la violación a una garantía constitucional no puede hacerse valer ni la prueba obtenida en violación, ni la que deriva necesariamente de esa prueba ilegal. La legalidad del elemento de prueba será presupuesto indispensable para su utilización en garantía de un convencimiento del Juez válido. (Cafferata Nores, José 2003 Pag. 18 y s.s). Este mismo autor discrimina que la ilegalidad de la prueba podrá obedecer a dos motivos: su irregular obtención (ejemplo planteado) o su irregular incorporación al proceso. En este segundo caso – irregular incorporación- podríamos dar un ejemplo en donde se cita para receptarle una declaración testimonial al hermano del imputado como testigo y este último no es notificado previamente de los alcances de la facultad de abstención, artículo 220 del C.P.P de Córdoba), y por ejemplo este revela pruebas importantes en la investigación, manifestando en Juicio que nunca fue advertido de tal circunstancia.

1.1.2.1.3 Pertinencia.

El dato probatorio deberá relacionarse con los extremos objetivo (existencia del hecho) y subjetivo (participación del imputado) de la imputación delictiva, o con cualquier hecho circunstancial jurídicamente relevante del proceso (agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad; personalidad del imputado, existencia o extensión del daño causado por el delito). La relación entre el hecho o circunstancia



que se quiere acreditar y el elemento de prueba que se pretende utilizar para ellos es conocida como pertinencia de la prueba. (CAFFERATA NORES, José I. 2003, pag.24).

1.1.2.1.4 Relevancia y utilidad de la prueba.

La utilidad de la prueba está directamente relacionada con la relevancia que el elemento tenga con relación al objeto que debe probarse. Esto es, su importancia, idoneidad y eficacia para verificar el mismo. Pues además de ser pertinente, la prueba debe ser útil. Será inútil aquel elemento que carece de toda importancia en cuanto a relevancia para el verificar el hecho investigado. Salvo en la etapa de instrucción, el juez no puede evaluar por anticipado la utilidad del elemento probatorio. La idoneidad conviccional es conocida como “relevancia o utilidad de la prueba. (JAUCHEN, EDUARDO M. 2006. Pag. 25).

1.1.2.2 Órgano de Prueba.

“El sujeto que porta un elemento de prueba y lo transmite al proceso. Su función el intermediario entre la prueba y el juez el dato convicciones que trasmite puede haber conocido accidentalmente (como ocurre con el testigo) o por encargo judicial (como es el caso del perito)”. “Se entiende por órgano de prueba a la persona que colabora con el juez introduciendo el proceso elementos de prueba” (JAUCHEN, EDUARDO M. 2006. pag 25 y 31). Ejemplo, continuando con el bioquímico de la prueba pericial, sería el Órgano de prueba el perito bioquímico quien es el sujeto que porta el elemento de prueba y lo lleva al fiscal o al juez, es decir que lo aporta al proceso.

1.1.2.3 Medio de Prueba.

“El procedimiento establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso. Su regulación legal tiende a posibilitar que el dato probatorio existente en el proceso, penetre en él para ser conocido por el tribunal y las



partes, con respecto del derecho de defensa de estas.” (CAFFERATA NORES, José I., 2003 pag.26). Ejemplo: Ídem al caso del perito bioquímico que venimos describiendo, el medio de prueba sería la prueba pericial que regula el Código Procesal Penal.

1.1.2.4 Objeto de Prueba.

Dos definiciones tomamos de nuestros juristas son, “Es la materialidad sobre la cual recae la actividad, lo que se puede o debe probar” (CLARIA OLMEDO, Jorge A. Tomo II Actualizado por Carlos A. Chiara Diaz 1998 pag. 308). “Es aquello susceptible de ser probado, aquello sobre lo que debe recaer la prueba”. (CAFFERATA NORES, José I., 2003 pag.26). Lo explicaremos con un ejemplo, en el caso de una prueba pericial de un arma de fuego, el objeto de prueba sería el arma, es decir la materia (objeto) sobre la cual se lo obligó a dictaminar al perito.

1.2 Concepto de Prueba Lícita.

Ya hemos afrontado el concepto de prueba y sus distintas características o principios (objetiva, relevante, pertinente, legal), como así también los diferentes aspectos de prueba (órgano de prueba, medio de prueba etc.). Para que la misma sea Lícita, no debe vulnerar los derechos constitucionales, y de esa manera podrá ser valorada y admitida por el juez actuando la misma en forma eficaz no culminando como nula. Es dable destacar que dicha situación sería la ideal, donde la Justicia y auxiliares de ella dieran una respuesta a los ciudadanos indiscutible, determinante; pero es muy difícil de lograr, porque la perfección humana no existe, es una utopía, pero la tendencia del hombre es a llegar a ella, lo que si queda claro que en términos de Justicia, solo se trata de por lo menos una equidad social.

1.3 Concepto de Prueba Ilícita.



El concepto de prueba lo venimos advirtiendo desde el comienzo del presente capítulo, y ahora lo vinculamos con ilícita, remitiéndonos a como lo define la Real Academia Española, “**Ilícita/to (Del latín illicitus) adj. no permitido por la moral o la ley.**”² Asociando las dos definiciones y citando la definición de DEVIS ECHANDIA podríamos llegar a un concepto irónico de estudio que sería “*Prueba Judicial Ilícita (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos, no permitido por la moral o la ley,*” (DEVIS ECHANDIA, Hernando, t.I, pag 35.). Dicha definición demuestra en forma clara que en primer momento el Juez dejaría excluida tal prueba del proceso investigado, indefectiblemente. La investigación estará dirigida a precisar en qué casos y bajo qué condiciones, un juez puede en el proceso penal, admitir o no pruebas ilegales, las cuales sean obtenidas vulnerando las garantías constitucionales, para fallar sobre la absolución o condena de un imputado en juicio, el procedimiento sería factible con una solución tajante por parte del juez, dejándola excluida. Pero la problemática no es tan sencilla, ya que magistrados se encuentran en un conflicto trascendental al dictar sentencia, dado a que al utilizar una prueba ilícita estarían en una controversia, por un lado, entre lo moral o la ley como límite; y por el otro, sufrirían el reclamo social, referente a negligencias, intencionalidades sobre cuestiones procedimentales por parte de los encargados de administrar Justicia, haciendo hincapié las víctimas vociferando sobre una Justicia ausente contra el delito.

1.3.1. Importancia en el Juzgamiento al detectarla.

El Estado de Derecho impone necesariamente el reconocimiento de los derechos esenciales del individuo y el respeto a la dignidad humana cuya tutela es axiológicamente más importante para la sociedad que el castigo al autor del delito. Las responsabilidades de este último son siempre inciertas hasta su firme declaración de

² Diccionario Enciclopédico Ilustrado con Asesoramiento de la Academia Arg. De Letras, Bs As Ed. Argentino S.A.



culpabilidad, culminación a la que no se puede pretender arribar mediante la inobservancia de las garantías individuales. (Jauchen, E. M. 2006, p.614). Concluyendo con la prueba legal, es trascendental que la misma se refiere a *no vulnerar los derechos constitucionales de la persona*; ya que si se quebranta esa prueba, se devastaría para transformarse en una prueba ilegal, y arrastraría todas las que sean consecuencia inmediata, situación que venimos advirtiendo en el transcurso del primer capítulo y continuaremos extendiendo. A modo de cerrar este primer capítulo es dable destacar una apreciación acertada a la problemática de la prueba ilícita que nos brinda el Dr. Palacio.

Las funciones que mayor prudencia requieren de los jueces radica en la obtención de un adecuado equilibrio entre el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y los derechos constitucionales que amparan al imputado, de modo que una exagerada tendencia garantista es susceptible de destruir ese equilibrio y esterilizar, en los hechos la persecución penal del delito”,- refiriendo al voto disidente de los jueces Belluscio y Bossert en el caso "Daray"³ -y continua, así como la utilización de apremios y otros excesos de las autoridades policiales merecen el más absoluto repudio, el abuso en que incurren algunos tribunales en el dictado de resoluciones anulatorias incide negativamente en la opinión pública y contribuye a generar un sentimiento adverso al propio prestigio de la función judicial. (Palacio, Lino E. 2000, Pag.39).

³ C.S.J.N Daray – Carlos A.-1994-12-22.



Capitulo 2

*** Sistemas de Valoración de la Prueba.**

Los jueces para valorar la prueba deben corresponderse con tres sistemas fundamentales, estos son: Íntima Convicción, Prueba Legal y libre Convicción o Sana Critica Racional, (VELEZ MARICONDE, Alfredo 1986, t I, pag 354 y ss.) a continuación realizamos la descripción de cada uno de ellos y el usado por nuestro sistema Jurídico.

2.1 Intima Convicción



Para el juez, no está reglado por ley la apreciación de la prueba, este es libre de convencerse según su íntimo parecer, de la existencia o inexistencia de los hechos de la causa, valorando aquéllas según su leal saber y entender, y a esto se le agrega otra característica que es la inexistencia de la obligación de fundamentar las decisiones judiciales – pero ello no significa en modo alguno una autorización para sustituir la prueba por el arbitrio, ni para producir veredictos irracionales, sino un acto de confianza en el buen sentido (racionalidad) connatural a todos los hombres. (CAFFERATA NORES, J.2003.p 46-47), por su parte Vélez Mariconde en una forma más practica expresa. “

- Inexistencia de toda norma legal acerca del valor que el Juzgador debe acordar a los elementos de prueba;
- El juzgador no está obligado a explicar las razones determinantes en el juicio.

Culmina, la resolución no debería ser, teóricamente, producto de la arbitrariedad” (VELEZ MARCICONDE, 1986. T1 pág.354).

Analizando a los autores, en otras palabras podemos decir que es aquel según el cual la prueba se valora de acuerdo al leal saber y entender del juez o del que tiene que valorar la prueba. Este sistema tiene como característica en que como reside el fundamento en la intimidad de las personas, no se da fundamento ni motivación acerca de la valoración de la prueba. Este sistema se usa en el juicio en donde dicen cual es su decisión, habiendo valorado las pruebas de acuerdo a la íntima convicción y no tienen que dar ninguna explicación acerca de los porqués, de los motivos por los cuales arriban a su decisión. La decisión la toman de acuerdo a su leal saber y entender.

2.2 Prueba Legal.

Es un sistema en desuso; tiene orígenes en la Inquisición en el cual la ley estrictamente le asigna un valor prefijado de antemano a cada prueba. La ley establece para probar cada hecho que prueba hace falta. Es un sistema que ha ocasionado innumerables problemas porque nunca se puede abarcar la totalidad de hipótesis o de



supuestos que se pueden dar y a veces realmente conducía a verdaderas injusticias, porque hechos que estaban acabadamente probados, por el sistema de la prueba legal, no podían tenerse por probados porque no habían sido probados como lo decía la ley. Por ejemplo este sistema decía que el testimonio de dos personas respetables sirve para probar la culpabilidad del imputado; para probar un homicidio hacía falta que esté el cuerpo del delito. Es decir es un sistema que conducía a injusticias tanto en contra del imputado como a veces a favor del imputado.

2.3 Libre Convicción o Sana Crítica Racional.

Este sistema es el que rige entre nosotros. La línea de cada razonamiento debe estar claramente sustentada en los principios de la lógica, la experiencia común, la psicología y el recto entendimiento humano. Quien deba valorar la prueba o el tribunal (que es el que más interesa), tiene libertad para valorar la prueba. Pero esta libertad está supeditada a ciertas reglas: la primera y principal es que tiene que darse la motivación de la valoración de la prueba, hay que fundamentar, dar los porqués, hay que explicar las razones, la motivación de la decisión que se toma fundada en la valoración de la prueba. Además este sistema de la libertad probatoria, tiene que estar regido por las normas de:

- **La lógica:** Una fundamentación contradictoria sería contraria a la sana crítica racional.
- **La ciencia:** Se pueden valorar por ejemplo principalmente las pruebas periciales.
- **La psicología,** Hay reglas reconocidas por la psicología por ejemplo en un caso de una conmoción o un hecho impresionante, puede no evocarse imágenes que luego con el tiempo y la tranquilidad pueden hacerse; un testigo de un asesinato que ve a la persona que comete el homicidio, y en primer momento no lo puede describir y luego de un tiempo si logra reconocerlo,

obviamente que el abogado defensor del imputado podrá impugnar esto pero la psicología puede avalar esta circunstancia, por lo mencionado. (conmoción o un hecho impresionante).

- **La experiencia:** son los conocimientos comunes que tienen las personas, por vivir en una sociedad y en una época determinada. Ejemplo un sujeto que comete un asalto con arma, este es detenido tiempo después y no se puede secuestrar el arma, la defensa plantea, que el arma es de juguete, es de suponer que una persona que comete un asalto no va cometer determinado ilícito con un arma de juguete.

Los estados que pueden darse con respecto a las pruebas han sido clasificados en:

- ❖ **Certeza:** Es el firme convencimiento de estar en posesión de la verdad. (Claría Olmedo Ob. Cit. T1. Pag.446). Si no hay duda se está en estado que significa certeza. La sentencia condenatoria es preciso tener certeza.
- ❖ **Probabilidad:** Habrá probabilidad, cuando la coexistencia de elementos positivos y negativos permanezca, pero los elementos positivos sean superiores en fuerza conviccional a los negativos. (Claría Olmedo Ob. Cit. T1. Pag.446) Los elementos de cargo son superiores a los de descargo. Por ejemplo, al imputado tres testigos imparciales vieron cometer el hecho, la prueba a favor del imputado es un testigo propuesto por él que dicen que no lo cometió, que en realidad es el hermano de un amigo. Ahí hay elementos que conducen a afirmar la acusación y elementos que conducen a negarla. Sin embargo los elementos que conducen a afirmar la acusación son superiores Pero al momento de la sentencia persiste la probabilidad, hay que absolver el imputado.
- ❖ **Duda:** Derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y los elementos que inducen a negarla, todos ellos igualmente atendible (Claría Olmedo Ob. Cit. T1. Pag.446) Cuando hay un proporción entre los elementos



de cargo y los de descargo. Hay una situación de incertidumbre probatoria. Se encuentran equiparados, compensados los elementos que conducen a afirmar la acusación y los que conducen a negarla. La duda sirve para iniciar un proceso y hasta para ordenar una detención. La prisión preventiva si persiste no podrá ordenarse ya que hace falta la probabilidad. Estas medidas de coerción nombradas como la detención, o prisión preventiva están regladas en los procedimientos penales para asegurar el imputado en el procedimiento, hay otras como arresto, aprehensión, citación que no vienen al caso.

2.4 Actividad Probatoria.

Es la voluntad de todos los sujetos procesales tendientes a la producción recepción y valoración de los elementos de prueba. Para hacer un examen amplio podemos mencionar a los sujetos procesales que son el ministerio público fiscal en representación con el fiscal del cual le corresponde la acusación imputado, y desde el año 1994, pero también lo acompañan la policía, peritos, policía judicial, y como sujetos eventuales también podrían ser el querellante particular y actor civil.

2.5 Libertad Probatoria.

El principio de libertad probatoria supone que todo puede ser probado y por cualquier medio de prueba, pero nunca vulnerando las garantías constitucionales. Un buen ejemplo se nos viene a colación y valga la comparación, en un reconocimiento en rueda de personas, el procedimiento es involucrar al imputado con cuatro personas más, con similitud en las filiaciones, características físicas y ponerlos a la vista de la víctima, sin ser observada esta última, para que sea o no reconocida referente al hecho cometido contra esta. Esta circunstancia se realiza frente al Fiscal de Instrucción y Abogado defensor del imputado, acto que es irreproducible. Si bien es cierto que esto no tiene que ver con la definición central, pero al compararla con un reconocimiento de vos que no está legislado se tendrá que llevarlo con las mismas modalidades o sea



respetando las garantías del imputado (escuchar las cuarto voces y la del imputado). Si bien es cierto hay Jurisprudencia y doctrina que avalan la temática es menester el ejemplo para aclarar la cuestión.

2.6 Exclusiones Probatorias.

En forma opuesta al punto anterior las exclusiones probatorias, y según la ley carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. Ejemplo de ello sería una declaración indagatoria a un imputado bajo torturas, vejámenes etc. Es dable destacar en este punto que al realizar este tipo de ilegalidades nunca podríamos ingresar de esa manera al proceso una prueba, en el caso que el imputado de información referente a la investigación (dice donde está la prueba Homicida).

2.5.1 Medios de Prueba Regulados.

Hay varios medios de pruebas regulados por el Derecho Procesal Penal que mencionamos a continuación:

- **Inspección y Reconstrucción.**
- **Registro y Requisa**
- **Secuestro**
- **Testigos**
- **Peritos**
- **Interpretes.**
- **Reconocimientos.**



- **Careos.**

Estos procedimientos los realizan los auxiliares del Poder Judicial, entre ellos policía judicial, fuerzas de seguridad, peritos, etc. Estos sujetos son los que van efectuando actos, generando la prueba por directivas del Fiscal o Juez en su caso y las van incorporando al proceso, por eso puede haber anomalías, ilegalidades, intencionalidades entre otras; que estos cometen para ingresar la prueba al proceso, es aquí donde luego y en Juicio puede ocurrir que surja esta prueba ilícita a la cual estamos haciendo mención en la presente investigación.

Capitulo 3

*** Posturas Jurisprudenciales más relevantes a lo largo de la Historia que fueron incorporando a nuestro país la Regla de Exclusión Probatoria.**



3.1 Historia y nacimiento de la Doctrina del Fruto del Árbol Envenenado.

3.1.1 “Silverthoner Lumber Co. Vs, United States, (1920)”.

Las pruebas obtenidas ilícitamente en relación a las Garantías Constitucionales, son nulas, es lo que se conoce como “Regla de Exclusión Probatoria”. La doctrina en su mayoría coincide en que esta emerge de la Corte Suprema de Estados Unidos denominada como la doctrina del “Fruit of Poisonous Tree” o “De los frutos del árbol envenenado”; y tiene origen en dicho país al año 1920, con el fallo “Silverthoner Lumber Co. Vs, United States”⁴ donde el alto tribunal resolvió que no era válido intimar una persona para que entregara, ante las autoridades documentación cuya existencia había sido descubierta por la policía mediante un allanamiento ilegal. Dejando de forma manifiesta el alto tribunal la tendencia de que al detectar la prueba ilegal, esta era inadmisibles, pero no pronunciándose hasta el momento con el nombre propiamente dicho de la doctrina que estamos experimentando.

3.1.2 “Nardone Vs United States, (1939) ”

Luego el primer caso donde la corte utiliza la expresión Fruit of Poisonous Tree, es en el proceso “Nardone Vs United States”⁵, en el que se resolvió que debían excluirse de toda validez las pruebas que se conocieron a raíz de una grabación a la conversación de un diputado que se había efectuado ilegalmente sin autorización judicial. (JAUCHEN, E. M. 2006, p.628). Se suma a la temática lo que expresan Cafferata Nores y otros autores (2003), situándose en la Jurisprudencia Americana, “La Ilegalidad deberá alcanzar no solo a las pruebas que constituyan en sí mismas el corpus de la violación a la Garantía Constitucional, sino también a las que sean sus consecuencias necesarias e inmediatas”. (Cafferata Nores, Montero, Velez, Ferrer, Novillo Corbalán, Balcarce, Hairabedian, Frascaroli, Arocena, 2003, Pag 286)..

⁴ Silverthoner Lumber Co. Vs, United States, (1920) 251.US.385.

⁵ Nardone Vs United States, (1939) 308.US.338.



3.2 Fallos que incorporan a nuestro país la Regla de Exclusión Probatoria.

3.2.1 “CSJN Charles Hermanos”

También coincide la doctrina Nacional en que en nuestro país, “El primer caso que aplico la Doctrina de la Regla de Exclusión se remonta a los principios del siglo XX es en el Caso: “Charles Hermanos”⁶. (JAUCHEN, E. M. 2006, p.628), donde la documentación ingresa a la causa sin constar de qué modo fue adquirida por los investigadores, y el fallo resalta “...*aunque se haya llevado a cabo con el propósito de descubrir y perseguir un delito o de una pesquisa desautorizada y contraria a derecho, la ley, en el interés de la moral y de la seguridad y secreto de las relaciones sociales, los declara inadmisibles; porque su naturaleza misma se opone a darles valor y mérito alguno.....*”⁵ “Se advierte que la diligencia no podía ser utilizada como prueba, pero no se considero como tal lo actuado con posterioridad, anulando solo lo incautado en el procedimiento.” (JAUCHEN, E. M. 2006, p.6).

Continua instruyéndonos Jauchen: “en verdad el ingreso y adopción en la Argentina de la Doctrina en tratamiento no comenzó por iniciativa de nuestro máximo Tribunal, sino que se fue gestando por los tribunales de Alzada, los que mediante diversos pronunciamientos fueron introduciendo en nuestra Jurisprudencia tales Principios”. (JAUCHEN, E. M. 2006, p.629).

3.2.4 “CSJN, “Montenegro, Luciano Bernardino” 10/12/81”

Luego en el caso “Montenegro, Luciano”⁷, la Confesión obtenida en declaración prestada en sede policial bajo apremios ilegales, sus dichos permitieron esclarecer un hecho ilícito que no había sido denunciado.

⁶ CSJN “Charles Hermanos”, fallos- 46:36.

⁷ CSJN, Montenegro, Luciano Bernardino 10/12/81, Fallos 303:1938,



3.2.3 “CSJN, Fiorentino, Diego”, 27/11/84”.

Ulteriormente continua el fallo de “Fiorentino, Diego”⁸. Ello es así porque la incautación del cuerpo del delito no es entonces sino **el fruto de un procedimiento ilegítimo**, marcando el Tribunal superior la Regla de Exclusión Probatoria, “Pero no se pronunciaba sobre las proyecciones de la ilegalidad a los frutos obtenidos a raíz de ella” (JAUCHEN, E. M. 2006, p.629).

3.2.2 “CSJN Daray – Carlos A”.-1994-12-22”

En diciembre de 1994 al fallar el Caso “Daray”⁹ La Corte Suprema aplica, a raíz de una detención ilegal, no solo la regla de Exclusión sino también la Doctrina de los Frutos del Árbol Envenenado y expreso que, la detención de un ciudadano sin que exista flagrancia o indicios de que sea responsable de delito alguno, hace nulo el procedimiento y lo actuado en su consecuencia, corresponde anular todo lo actuado el procedimiento ya que se ha violado el Art. 18 de la Constitución Nacional. (JAUCHEN, E. M. 2006, p.629). De igual modo el doctor Lino Palacio sobre este instituto expresa: “La jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos de América, seguida actualmente con suficiente firmeza por los tribunales argentinos, consagró la denominada "regla de exclusión" (*exclusionary rule*)”. También señala “que se habla como efecto de la regla de exclusión, de la del "fruto del árbol venenoso, *fruit of the poisonous tree*”. (PALACIO, LINO E, 2000, Pag.34-37).

Si bien hemos utilizado el autor que citamos para esta explicación a la cual se adhiere la mayoría de la doctrina, nos pareció la manera más práctica y comprensiva para entender la incorporación de dicha doctrina a nuestro país.

3.3 Encuadre jurídico de la Prueba Ilícita en la jurisprudencia nacional y provincial.

⁸ CSJN, "Fiorentino, Diego", 27/11/84, Fallos 306:1752

⁹ C.S.J.N Daray – Carlos A.-1994-12-22.



Es menester hacer mención que en el Art 211 del Código Procesal de la provincia de Buenos Aires Ley 11.922 se encuentra normada la Regla de Exclusión Probatoria, así también el Código Procesal de Santa Fe Ley 12.734 en su artículo 162, plasmado con idéntica literalidad que en el de Córdoba, buscando la normativa en las provincias más importantes de nuestro país y advirtiéndolo que en otras provincias como Salta o Mendoza, no se encuentra expresa esta Regla de Exclusión Probatoria.

3.3.1 Existencia de la prueba ilícita en la Jurisprudencia Nacional.

Como se señaló anteriormente la prueba ilegal en el proceso penal, o la regla de Exclusión probatoria, (Doctrina del fruto del Árbol envenenado) fue incorporada en nuestro país en un primer momento dejando esa prueba ilegal excluida únicamente, luego fue evolucionando a través de los diversos precedentes, extendiendo la inaprovechabilidad de la prueba a aquella que era derivada en una ilegalidad originada. En algunos casos se aplicaba concretamente y en otro no, pero si se plasmo convirtiéndose en una verdadera Doctrina el Tribunal. ”. (EDWARDS E. CARLOS. 2000 Pag. 101).

3.4 Existencia en la Legislación Nacional.

Haciéndose un análisis pormenorizado de los códigos, y más precisamente en el Código Procesal Penal de la Nación Argentina (Ley 23.984 y Modificaciones), no se encuentra expresa la Regla de Exclusión que venimos tratando, haciendo la salvedad que en Nuestra Constitución Nacional -Ley Suprema, y vértice de nuestra pirámide jurídica-, si se advierten algunas prohibiciones que indefectiblemente las trae aparejadas a este instituto como es el Art. 18 que reza “.....*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.....El domicilio es inviolable, como así la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinara en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación....,*” esbozadas así las garantías constitucionales de los ciudadanos, de este modo queda más amplia la interpretación de los jueces para aplicar la normativa y discreción,



cuando se detecta una prueba ilegal al momento de la valoración de la prueba para sentenciar.

3.5 Existencia en la Legislación Provincial.

En nuestra legislación Cordobesa, que difiere con la de la Nación (Ley Procesal) ya que en la Constitución de la provincia de Córdoba si está expresamente establecida la Regla de Exclusión probatoria en el artículo 41 “.....*Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria...*” como así también en forma subordinada en el Código Procesal Penal actualizado de Córdoba (Ley 8123 y Modificaciones) en su Artículo 194 que reza “*Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales...*” advirtiendo que su aplicación es más restrictiva referente a la cuestión planteada.

3.6 Comparación entre la Legislación Nacional y Provincial.

Como lo dijimos anteriormente al describir cada uno de los análisis planteados, el criterio de los Jueces a dictar sentencia, en primer término en la legislación Nacional queda más amplia y discrecional, mientras que para la provincia de Córdoba deben hacerlo en forma más restrictiva.



Capitulo 4

Capitulo 4: Opiniones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el alcance o extensión de las facultades de los jueces para dictar Sentencia en caso de una prueba Ilegal.

4.1 Nivel Nacional y Nivel Provincial

A nivel nacional ya lo hemos dicho anteriormente, los Jueces se pronuncian, excluyendo la prueba en el caso de la Ilegalidad de una prueba al momento de detectarla en Juicio o en su caso los defensores de los imputados la plantean y resuelven los Tribunales superiores aplicando la regla de exclusión probatoria y la doctrina del fruto del árbol envenenado o sea las pruebas que surjan de esa prueba ilegal. En el régimen provincial como Santa Fe y Córdoba, también se advierte esto pero si se observa que se suele aplicar la excepción de la regla de



Exclusión, como son la *fuerce independiente y descubrimiento inevitable*.

4.2 Análisis de fallos. Córdoba.

Para realizar este punto hemos tomado el análisis de tres fallos del Tribunal Superior de Justicia los cuales nos parecieron oportunos, ya que en dos de ellos se encuentra en debate la inviolabilidad del domicilio como prueba ilícita, de los cuales surgen interrogantes del tema que estamos estudiando. Si bien es cierto que se aplica la regla de exclusión probatoria y de las pruebas que son consecuencia inmediata de ella, los Jueces analizan estrictamente el caso concreto y desmenuzando en tal sentido si dicha prueba afecta directamente a las demás o si se observa otra línea investigativa que le de autonomía a la prueba para llegar a la condena.

Comenzaremos con la primera sentencia la cual es determinante y aplica la regla de exclusión probatoria,¹⁰ en donde un sujeto al cual le realizan un allanamiento en su vivienda por la Ley de estupefacientes 23.737, en el que surge un secuestro de un arma de fuego, y nace un delito por la tenencia ilícita de arma de fuego.-

En la declaración indagatoria el encartado declara poseer el arma y de aquí es que es sentenciado por el delito. Dicho allanamiento es declarado nulo por vulnerar las garantías constitucionales, por el propio Tribunal que sentencia al acusado. Si bien es cierto que no hay duda que el sujeto tenía en su poder un arma y es un delito, éste no puede ser condenado ya que surge de una prueba obtenida ilícitamente, el mismo juez igualmente lo condena, basándose en la prueba y la declaración indagatoria del imputado.-

No obstante ello en la Casación, el Tribunal Supremo resuelve el agravio a favor del recurrente por considerar que dicha prueba es obtenida ilegalmente y absuelve al condenado por el *a quo*. El Tribunal Superior de Justicia se basa en que el fin

¹⁰ T.S.J Sala Penal “Leyva”, Jorge Juan, S n° 105 .02/05/2008.



inmediato del proceso penal es la consecución de la verdad objetiva y puntualiza que esa verdad objetiva exige como presupuesto la legalidad de las pruebas obtenidas para alcanzarla; por lo que está prohibido la valoración – en contra del imputado – no solo del elemento de prueba (en este caso el arma de fuego) que ha sido obtenido con vulneración de las garantías constitucionales que a su favor se han estatuido, sino también la prueba consecuencia de aquél, puesto que admitir a estas como válidas significaría desnaturalizar la garantía lesionada al punto tal de legalizar el fruto de su violación, como lo venimos diciendo nosotros desde el comienzo y a lo largo del presente trabajo. Para no dejar duda cita los artículos 41 Constitución Provincial de Córdoba y 194 de Código Procesal Penal de Córdoba. El fallo sita Doctrina y Jurisprudencia que venimos haciendo conocer. También en su decisorio final y ya refiriéndose en el caso concreto, se funda en que la orden de allanamiento practicado en el domicilio del encartado carecería de una disposición fundante previa que la sustente, requisito previsto bajo pena de nulidad por los ordenamientos rituales nacional y provincial; cuya garantía constitucional vulnerada es la inviolabilidad del domicilio, por lo que se trata de un caso de invalidación en el que concurre tanto la sanción de nulidad como una exclusión probatoria. Nos parece a nuestro humilde entender que dicha sanción procesal se debió a la falta de un decreto que autorice la medida para ejecutar el allanamiento, ya que no sale expreso en la sentencia que hacemos alusión. De ahí surgen otras pruebas a las cuales se aplica la Doctrina del Fruto del árbol venenoso que termina con las demás pruebas consecuencia de esta, o sea el arma secuestrada en forma ilícita. También la sentencia deja en claro en su fundamentación que debía señalarse que en un examen de la causa no se contaba con noticia previa alguna con relación con la presencia del arma allí, solo con el allanamiento e inmediato secuestro ilícito, qué nos quiere decir con esto? Que si hubiera habido una prueba independiente a esta única, podría haberse sostenido la acusación, y por qué recalamos esto; lo graficaremos con un ejemplo: en el caso que una vecina hubiera visto a este sujeto ingresar con el arma al domicilio, o la vecina lo hubiera visto manipular el arma esta hubiera sido otra línea investigativa y una prueba



independiente a la que fue excluida , y el Tribunal podría haber hecho valer la prueba ratificando la condena del imputado. Estaríamos aplicando una excepción bien conocida como la *Fuente Independiente* esta siendo una de las excepciones a la regla de exclusión probatoria que veremos con más detenimiento en el próximo capítulo.

Tomamos el análisis de la siguiente manera demostrando en los casos concretos como lo venimos desarrollando a lo largo del estudio para que se vea como nuestros Tribunales de Córdoba van aplicando esta doctrina a la que hacemos alusión y también como aplica las excepciones a la regla.

En nuestro segundo fallo¹¹ al cual vamos analizar de alguna u otra medida en el trabajo nos toca de cerca ya que el delito aberrante que se condeno es de nuestra ciudad natal La Falda, Departamento Punilla – Córdoba. En dicha investigación se declara la nulidad de allanamiento efectuado por personal policial en el domicilio del imputado donde se encuentra el material que hace a la condena de Rodríguez por Promoción de Corrupción de menores agravado y suministro de material pornográfico a menores de catorce años en concurso ideal. El recurrente defensor de Rodríguez casa la sentencia que lo había condenado por basarse en la nulidad absoluta del allanamiento realizado por la policía el cual era ilícito o sea era viciado de prueba ilegal tratando de lograr la absolucióndel encartado, solicitando la aplicación de la regla de exclusión probatoria.“Doctrina del Fruto del Árbol envenenado”, para que la prueba recolectada ilícitamente arrastre a todas las demás que fueron consecuencia de ella y éste sea absuelto. También plantea otro punto (ley más benigna) que le dan lugar pero no viene al caso, ya que no es el análisis de ello en esta oportunidad. La sentencia en análisis es de fecha anterior a la anteriormente analizada sin embargo es notorio en ambas que conservan el mismo criterio y repite los términos de la prueba ilícita. El TSJ con la misma tesitura y agregando deja claro lo siguiente que lo transcribimos para su mejor entendimiento “*Cabe puntualizar que, si sólo se exigiera el mentado juicio hipotético a fin de descubrir los "frutos" del acto viciado, podrían*

¹¹ T.S.J, Sala Penal “Rodríguez”, S. n° 6, 12/3/2004.



calificarse como tales, incluso, sus consecuencias materiales meramente casuales (p.e., cuando la policía allana un domicilio sin orden, a fin de detener a un sospechoso, y halla casualmente en dicho lugar a un testigo clave del crimen). Por lo anterior, de acuerdo al tenor literal de los arts. 41 de la C.Prov. y 194 del C.P.P., se requiere un segundo juicio de derivación (decimos esto porque ambas normas emplean una conjunción copulativa "y" para separar la siguiente exigencia, de la que recién examinamos). En efecto, el a quo también deberá indagar las circunstancias del caso concreto, a la luz de las reglas de la experiencia, a fin de establecer si la prueba en cuestión se trató de una consecuencia materialmente necesaria de dicho acto ilícito, esto es, que no consistió en una consecuencia meramente casual, contingente. Por consiguiente, aplicando el doble juicio de derivación arriba consignado, sostengo que sólo son "frutos" del "árbol venenoso", aquellas pruebas que tienen, como única fuente, el acto violatorio de garantías constitucionales, y que además son consecuencias necesarias (y no meramente casuales) a partir de dicho acto ilícito. Mas refiriéndonos al caso concreto el TSJ hace una descripción minuciosa de las circunstancias, donde se observan pruebas independientes a la del allanamiento propiamente dicho, con declaraciones y relatos previos, y la solicitud del recurrente es que deje nulo también la declaración de una de las menores damnificadas que llegaba en forma espontánea a la casa del acusado a que este siga cometiendo los delitos que se le imputan y se da con que la policía estaba allanando el domicilio y es entrevistada por los policías quienes luego le toman declaración, donde el Magistrado se basa manifestando con textuales palabras que ni siquiera consistió en el "hallazgo" de la menor en el interior del domicilio allanado, sino simplemente en el arribo al lugar de la misma en forma voluntaria y casual. A mayor abundamiento, las restantes circunstancias (o sea, el relato de la menor a su madre, la posterior denuncia de dicho delito de instancia privada, y la exposición de la menor) también consistieron en actos libres que no guardan conexión necesaria con el allanamiento ya que la menor no estaba obligada a contarle a la madre lo que había acontecido ni ésta presentar la denuncia. El mismo Tribunal termina desglosando que el allanamiento



fue viciado pero la prueba de la menor no constituye una "consecuencia necesaria" de dicho acto viciado, por depender principalmente de una circunstancia casual (esto es, la llegada de la menor al domicilio de Rodríguez, justo cuando estaba siendo allanado por personal policial). Y dejando claro que los actos probatorios considerados por el Juez que condeno a Rodríguez no son "frutos del árbol envenenado", carentes de eficacia probatoria, sino que constituyen sólidos y legales sustentos a la condena del acusado.

Para culminar con el análisis consultamos otra sentencia mas reciente

“T.S.J. Sala Penal Cba. Sent. N° 321 del 15/12/2009, Trib. de origen: Cám. 2ª Criminal Río Cuarto, «Racedo, Enzo Javier p.s.a. Robo calificado por el uso de arma de fuego, etc. -Recurso de casación»¹², diferente a las dos anteriores (nulidad de allanamiento) por una solicitud de nulidad distinta y en este caso concretamente, cuestiona la validez del procedimiento de reconocimiento fotográfico por no haberse notificado de ese acto al Asesor Letrado (defensor de Racedo), y por consecuente su derivación, También hace alusión de que se le mostraron al damnificado nueve álbumes fotográficos en la policía y no estaba presente el Asesor. De ahí en más quiere dar por nulas las pruebas del reconocimiento en rueda de personas que la damnificada lo realiza en forma positiva en contra de Racedo, pidiendo que ese primer acto se nulo (recorrido fotográfico) y que de ahí se aplica la regla de exclusión y el fruto del árbol envenenado o de las pruebas que sean consecuencia inmediata de esa prueba solicitando la absolución del encartado. El tribunal plantea su postura a la verdad objetiva como en las otras dos sentencias y la legalidad de las pruebas obtenidas , y remite al doble juicio de derivación y serán excluidas únicamente aquellas pruebas que tengan como única fuente, el acto violatorio de garantías constitucionales, y que además materialmente sean consecuencias necesarias (y no meramente casuales), en el caso propiamente dicho no superan el primer juicio de derivación, pues evidentemente no constituyen consecuencias materiales del recorrido fotográfico realizado con

¹² T.S.J. Sala Penal Cba. “Racedo, Enzo Javier ”Sent. N° 321 del 15/12/2009.



anterioridad por la primera de las nombradas; en otras palabras, no son «frutos» del acto presuntamente viciado. El imputado Enzo Javier Racedo fue vinculado al hecho a partir de la declaración de uno de los damnificados, quien compareció espontáneamente ante la autoridad policial requiriendo que se investigue a varios individuos que estaban siendo juzgados en los tribunales locales, entre los cuales se encontraba el acusado, pues según habían informado los medios de prensa, las características del hecho que se les atribuía y la forma en que operaban eran similares a las del ilícito que le tocó padecer. Tal fue la génesis de los reconocimientos en rueda de personas, y no, como supone el recurrente, el recorrido fotográfico cuya validez cuestiona el impugnante. Concluyendo con que tales elementos probatorios no son «consecuencias» del acto que se denuncia viciado y -por tanto- transitan incólumes la crítica formulada en contra de aquél. Por otra parte, la testigo Nora Stella Molina expresó que en el álbum que le exhibieron en la policía no estaba la fotografía del imputado, razón por la cual -sea que efectivamente no estuviera, o bien que, encontrándose entre ellas, no fuera identificado Racedo- tampoco se produjo la superposición de imágenes que restaría valor a los posteriores reconocimientos en rueda de personas. El TSJ solo agrega para describir la situación *que el «muestreo» o «recorrido» fotográfico es una medida inicial de investigación que puede practicar la Policía Judicial, mediante la exhibición de fotografías de sus archivos las víctimas o testigos de los hechos, con el propósito de individualizar a los posibles culpables, que no estén presentes ni puedan ser habidos (T.S.J., Sala Penal, «Arrascaeta», S. N° 6, 18/3/84), que -a diferencia del reconocimiento fotográfico (art. 254 del C.P.P.) como del practicado en rueda de personas- no constituye un acto definitivo e irreproducible cuya realización deba efectuarse bajo las condiciones previstas en los artículos 308 y 309 del C.P.P.* Nosotros analizando esta parte pudimos también indagar sobre el reconocimiento fotográfico, reconocimientos impropios y simple señalamientos fotográficos, recorridos fotográficos o muestreos¹³ quien deja sentado su criterio sobre los alcances de los reconocimientos fotográficos en sede de las

¹³ Cam. Acusación Cba “Vega Oscar Alfredo” Auto Interlocutorio N° 182. 04/09/1997.



Unidades Judiciales señalando: Los Ayudantes Fiscales sí se encuentran facultados legalmente para realizar este tipo de actos, ya sean los estrictamente previstos por el art. 253 del C.P.P., o los comúnmente llamados "reconocimientos impropios" o "simples señalamientos fotográficos, también menciona que, *la autoridad policial, con la debida supervisión de los Ayudantes Fiscales, se encuentra facultada para efectuar reconocimientos fotográficos y con mayor razón en la etapa más incipiente de la investigación penal preparatoria, para exhibir a las supuestas víctimas o testigos de un hecho, las fotografías extraídas de sus archivos, cuando por supuesto, aún no se ha avocado ningún Tribunal.* También extraemos de la misma lo siguiente para el caso que nos parece útil - *No es imprescindible la presencia técnica de un abogado defensor, de ausentes, para el reconocimiento, no habiendo sospechoso alguno, y tratándose de un acto de investigación del cual solo eventualmente puede producirse un reconocimiento positivo, no existe por dicha razón nulidad alguna, ya que como señala la Constitución Provincial en su art. 40, " el derecho a la defensa técnica, aún a cargo del estado, es desde el primer momento de la persecución penal" pero nunca antes.* Al momento de llevarse a cabo el acto cuestionado, no existía persona alguna sospechada, y no había imputado alguno para asistir. Para culminar con el tratado de este tercer fallo traído a la presente investigación declaramos que el TSJ no reconoce la prueba ilícita en este caso.

Para cerrar este punto es notorio que el TSJ muestra su postura referente a la temática abordada y como la aplica en el caso concreto dándole a los Jueces el decisorio de poder determinar si se halla una prueba ilícita (vulnerando una garantía constitucional) y si esta afecta a otras pruebas fruto de ella, o no las afecta. No obstante ello y es menester hacer mención que a Nivel Nacional no hay una ley que regula la regla de exclusión probatoria como en nuestra provincia, por lo que los Jueces tienen más amplio el campo para decidir estas cuestiones.

4.3 Derecho comparado.



En capítulos anteriores hemos planteado todo lo concerniente a la Prueba ilícita en el Proceso Penal, y quien le da origen a este instituto, nombrándola como la Regla de Exclusión probatoria y consecuentemente la Doctrina del Fruto del Árbol envenenado, explicación que se encuentra in-fra.

4.4 Otros Países.

En este punto haremos un tratamiento de la prueba ilícita en otras naciones, en Portugal por ejemplo en su artículo 6 de la Constitución expresa sobre el proceso criminal que *“Son nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, ofensa de la integración física o moral de la persona, abusiva intromisión en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones”* Se observa una norma específica la temática de la prueba ilegal. Nicaragua tiene similitud en el articulado en su constitución en el art. 125 y en El Salvador en el artículo 159 de su carta Magna. España en su Art. 15 y 18 de la Constitución, verdaderas reglas de la admisibilidad en la prueba en Juicio. En suiza es admisible la prueba ilícita siempre en que su obtención no se hubiera violado contra la persona (violencia contra la persona), muchas de las pruebas para nosotros como ilícitas, serian validas y eficaces en juicio. En Dinamarca esta situación quedaría a la libre apreciación del Juez, según el caso concreto. Canadá dicha prueba se admite si es relevante. Tal posición es fuertemente discutida y criticada. Japón si bien acepta en forma unánime la regla en el proceso penal en civil continúa sin resolverse. (BERNADETTE M. (1987) pag. 76.77.78.79, 80).



Capitulo 5

*** Excepciones a la regla de Exclusión para el Juzgamiento al detectar una Prueba Ilícita, en los niveles Internacional, Nacional y Provincial.**

Expuestos los antecedentes, se puede señalar los distintos pensamientos, y los criterios que toma nuestro Estado Nacional como así también las provincias de incorporar las normativas o no, de la tendencia que fue mostrando la C.S.J.N en sus propias legislaciones. Sin embargo esta regla establecida así como ha sido anunciada, ha visto con el paso del tiempo la creación de numerosas excepciones, es decir casos en que a pesar de haber una prueba ilícita o sus derivadas, ya sea la jurisprudencia o la doctrina o los mismos códigos, dicen que se puede hacer valer la prueba ilícitamente, creando excepciones a esta regla. Por eso a continuación vamos a describir cada una de ellas.

5.1 Fuente Independiente.



La fuente independiente, en tanto la prueba obtenida como fruto de la inconducta policial no puede ser utilizada en un juicio penal, esta prohibición no significa que los hechos pueden ser probados por otros medios. Hechos que también fueron conocidos a través de la fuente independiente, pueden ser probados por medios independientes. La regla de supresión también se aplica a la prueba colectada en un primer registro legal o como consecuencia de un registro ilegal pero después es confirmada por otros medios de prueba. De ese modo la ilegalidad de la forma de la primera adquisición de la prueba se limpia con la segunda. (DESIMONI L. M. Y R. S. TARANTINI R. S. 1996. Pag.325).

Las más importantes que están establecidas en el código procesal de Córdoba expresamente y las ha sostenido también la jurisprudencia de Córdoba, que se llama “la fuente independiente” y “el descubrimiento inevitable”. Las dos estas aceptadas implícitamente en el artículo 41 de la Constitución de Córdoba, y el artículo 194 del Código Procesal Penal de Córdoba en donde ambos igualmente expresan “.....***La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella.***”. El artículo dice en su parte final “no hubieran podido ser obtenidas sin su violación”, es decir que si se hubieran podido obtener sin la violación de garantías constitucionales, podrían ser utilizadas. Esto significa que se puede hacer valer la prueba ilícitas y las que sean consecuencia de ella (derivadas) cuando se pueda llegar arribar a las mismas con pruebas legales independientes; verbigracia, si se realiza una confesión ilegal en la cual el imputado confiesa que tiene guardada el arma homicida adentro de su casa y se pide un allanamiento, y en tal procedimiento se secuestra el arma y después se le hace una pericia, de acuerdo a la regla de exclusión sería todo inválido, desde el secuestro hasta las pericias del mismo objeto de prueba. No obstante ello puede suceder que a la par de la confesión del imputado, haya habido una declaración de un testigo, una declaración testimonial que haya dicho, yo vi cuando el imputado después del hecho iba con el arma y se metía en su casa. Entonces



en ese caso, si hay una fuente legal independiente ; porque esta testimonial no tiene nada que ver con esta, no depende de esa confesión, no corresponde hacer caer ninguna de las pruebas obtenidas ilícitamente, porque hay una fuente independiente, una prueba independiente, presente, actual, que aun suprimiendo esta confesión ilegal, permite tener por válida toda la cadena. En la fuente independiente, la prueba independiente es actual, está presente.

5.2 Descubrimiento Inevitable.

El descubrimiento inevitable, es una excepción a la regla de exclusión y ha sido adoptada por la Suprema Corte que sostuvo que la condición del cadáver de una víctima de homicidio, como prueba relacionada, es admisible a pesar de que el cadáver haya sido descubierto con las declaraciones hechas por el acusado durante un interrogatorio ilegal. En la acusación el fiscal deberá establecer la inevitabilidad del descubrimiento una multiplicidad de otras pruebas pero no es necesario que demuestre la ausencia de mala fe en la adquisición de información. (DESIMONI L. M. Y R. S. TARANTINI R. S. 1996, Pag.329).

5.3 Buena Fe.

Excepción de Buena Fe, la Corte Suprema de Estados Unidos ha elaborado la doctrina de la buena fe, que consiste en la posibilidad de valorar evidencias obtenidas en infracción a principios constitucionales si ésta fuera realizada sin intención, generalmente por error o ignorancia. Referente a esta excepción en el orden nacional argentino no hay antecedentes expresos sobre la cuestión aunque distintos fallos parecen aceptar implícitamente el argumento. En Córdoba han existidos pronunciamientos expresos que rechazan esta alternativa, y no es posible la aplicación con una legislación constitucional excesivamente reglamentaria. (HAIRABEDIAN, M. 2002, Pag, 13, 20, 25). Ejemplo a veces se obtiene de manera contraria a la



constitución, pero no ha habido una malicia, una mala fe de los funcionarios que han obtenido la prueba, por eso y también viene de la jurisprudencia norteamericana de la Corte Suprema de los E.E.U.U., que ha dicho que cuando hay una prueba obtenida en forma inconstitucional, pero no se advierte una mala fe de los funcionarios actuantes, no corresponde anular o invalidar la prueba, porque dice que con las exclusiones probatorias se persigue un fin útil que es mantener la legalidad, que los funcionarios del estado observen la legalidad cuando desarrollan su tarea y señalan que si no está en juego la mala fe del funcionario actuante, no tiene sentido aplicar la regla de exclusión.

5.4 “*In bonam partem*” (eficacia a favor del imputado)

Una de las excepciones que se da cuando la prueba es ilegal – aunque es inconstitucional – es la denominada ***In bonam partem*** (eficacia a favor del imputado), ya que lo termina beneficiando al imputado. Esta ocurre cuando su forma de obtenerla es violando las garantías constitucionales y las mismas favorecen al imputado, determinando su inocencia. Advertimos un ejemplo práctico, se le interviene al imputado el teléfono sin orden judicial de autoridad competente, pero resulta que de la intervención telefónica se descubre que el imputado no es el autor del hecho. Bueno en realidad la prueba fue ilícita y le vulneró la intimidad o el secreto de la comunicación del imputado, pero extirpando, invalidando esa prueba se lo terminaría perjudicando mas, entonces se dice que es un contrasentido no utilizar la prueba; digamos que por el afán de protegerlo se lo termina perjudicando, en una contradicción, es decir que cuando la prueba ilegal deriva en beneficio para el imputado, no corresponde destruirla. Referido a excepción es dable destacar, en que la valoración por el juez *In bonam partem* tiene un límite “cual es que la ilegalidad haya sido provocada o producida de propósito por el propio imputado o acusado, en estos casos, la prueba obtenida de modo ilegal no deberá tenerse en cuenta”. La conclusión no puede ser otra debido a la ilegalidad cometida por quien ya está imputado.



(JAUCHEN, E. M. 2006, p.645).

5.5 Principio de Proporcionalidad.

Referente a este principio el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en algún caso ha sugerido que también está de acuerdo que cuando hay una infracción constitucional leve, es decir una falta, una violación leve a las garantías constitucionales y la exclusión de la prueba traería aparejado un gran daño, en ese caso se permite hacer valer la prueba ilícitamente obtenida. Los tribunales Europeos (Ej. España) sostiene que este principio de proporcionalidad, dicen que una infracción constitucional es leve, cuando bajo otras condiciones las podría haber dispuesto un juez; por ejemplo: ¿Un teléfono se puede intervenir con orden de un juez? Sí. Ahora si se interviene un teléfono sin orden de un juez sería una infracción para la jurisprudencia leve, porque la intervención de un teléfono es algo que se puede hacer, bajo otras condiciones se hubiese podido hacer, otra manifestaciones es en una condición bajo torturas no, no se podría hacer ni siquiera con la autorización de un juez, por lo tanto es una infracción constitucional grave. Resumiendo esta cuestión sería que según la gravedad del delito se aplica o no dicha excepción. Para ser más directos se dice que si a raíz de una intervención telefónica de los servicios de inteligencia sin orden del juez, se logra desbaratar un comando terrorista y descubrir las armas, la infracción constitucional es leve y el daño que se produce al eliminarla es grave, por eso en virtud del principio de proporcionalidad, aunque sea una prueba ilícita y haya prueba derivada de la misma, se la tiene por válida.

5.6 Teoría del Riesgo

Se usa principalmente para convalidar el uso de cámaras ocultas o de micrófonos ocultos y sostiene que cuando el imputado o la persona a la que se le vulneró la garantía constitucional descuidó sus garantías constitucionales, las puso en



riesgo por su actitud temeraria, imprudente, no corresponde a la justicia proteger las garantías constitucionales del acusado. En la actualidad se observan diariamente estas cuestiones, debido a que el periodismo con el desarrollo imparable de la tecnología han empezado a realizar cámaras ocultas, para poder esclarecer delitos de corrupción, drogas, lavado de dinero, etc. En primera medida denuncian lo investigado a la Justicia y luego lo emiten en sus programas diarios. Ejemplo de esto Jorge Lanata (Periodismo para todos -canal 13- Buenos Aires) y en Córdoba el programa ADN (Canal 10 periodista Tomas Méndez) entre otros. Si un acusado confesó delante de un periodista que lo estaba gravando públicamente porque confió en el periodista, en realidad el que puso en riesgo su intimidad fue este, a contar el delito en frente de un extraño, como lo dijimos anteriormente el que ha hecho esto ha puesto en riesgo, ha menospreciado sus garantías constitucionales y por lo tanto se puede hacer valer la prueba por la teoría del riesgo.

5.7 Aceptación e Incorporación a Nuestro Ordenamiento Jurídico.

La incorporación y aceptación la venimos advirtiendo anteriormente, la Excepciones a la Regla de Exclusión probatoria, en nuestro país no son muy notable, se observa la aplicación de las mismas a un nivel Internacional, no obstante ello, es ostensible que la Constitución y el Código Procesal de Córdoba, como así también en Santa Fe, están mencionadas en forma implícita, estas son “**la fuente independiente**” – una de ellas- y “**el descubrimiento inevitable**” –la otra. En igual sentido analizando los otros Códigos Procesales se observa la Regla de Exclusión probatoria pero no así las excepciones.



Capitulo 6

***Necesidad de regulación uniforme para que comprenda todos los niveles Judiciales con el objeto que los Jueces se subordinen a ella para aportar una calificada respuesta a la sociedad.**

6.1 Problemática sobre la adaptación uniforme sobre la ley procesal, para todo el país y sus provincias, debido a la autonomía provincial (Códigos Procesales Diferentes).

Referente a la problemática de adaptar una ley uniforme en todo el país, es muy difícil debido a que nuestra forma de gobierno es federal y no es unitaria como en otros países. Sabemos que la forma federal de gobierno es con un poder



centralizado de todo el país y desconcentrado en las provincias (autonomía provincial). En nuestro país se encuentra en la ley sustantiva o de fondo (código penal, civil etc.) que rige a nivel nacional, la ley adjetiva o de forma la dicta cada provincia (códigos procesales), si bien el tratamiento que estamos realizando es netamente procesal, ya que detectar una prueba ilícita como lo venimos diciendo y planteando al tema, surge de las distintas anomalías al incorporar la prueba en la investigación del delito que sea. Por el motivo expuesto es lógico que es imposible lograr una ley general que regule la problemática, nuestro criterio, y desde una perspectiva con fines innovadores se podría plantear un proyecto de ley para regular tal situación, pero solamente para actuar contra quienes la incorporan o dejan incorporar, o en realidad sabiendo, lo hacen y no son sancionados por ello. Para poder desmenuzar esta problemática sería bueno crear en el código de fondo (Código Penal) que regule a nivel nacional, la cual pueda ocuparse del momento de que en el juicio oral, el juez cuando la detecte vera quien tuvo participación en la misma y que este antecedente sea remitido al Ministerio Publico para que sea castigado, por lo cual quien la incorpore, la acepte, o la uso deberá ser sancionada.

6.2 Iniciativa de Proyecto de Ley en sentido amplio.

Para comenzar el proyecto de Ley y en sentido amplio debemos analizar en primera instancia cuales son las posibilidades que hemos considerado. En el análisis exhaustivo referente al tópico de la Jurisprudencia y distintas doctrinas, no pudiendo establecer realmente si surge sanción al sujeto - en este caso un funcionario público quien es el único que ingresaría una prueba ilegítima al proceso penal - y sea valorada esa prueba en Cámara (momento donde se valora la Prueba) de esta manera, no observando en lo analizado que hay ley que sancione estas cuestiones directamente.

Para poder sancionar esta conducta, habría que elaborar una ley para



ingresarla al Código Penal Argentino, el que se encuentra en orden jerárquico en un escalón debajo de la Carta Magna (Constitución Nacional) e insertar en un artículo que sancione la conducta del funcionario público, - funcionario público como lo define el Código Penal en su art 77 "Por los términos "funcionario público" y "empleado público", usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente"- en este caso estaríamos hablando de auxiliares de la Justicia como (policías, judiciales etc.). Al observar la Ley penal, podemos determinar que en el Título XI, se encuentra las sanciones a los delitos contra la Administración Pública, y es donde debería estar esta calificación legal para sancionar a quienes incorporan pruebas ilícitas al proceso penal, más precisamente en el artículo 255 C.CP de Título *Violación de Medios de Prueba, registro o documentos*, el cual posee dos párrafos, la figura que se podría ingresar al mismo sería Prueba Ilícita en el Procedimiento Penal y se redactaría de la siguiente manera. Art. 255 tercer párrafo Según Ley..

“Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, e inhabilitación por cinco años si correspondiere, el funcionario público que incorporare, ingresare, y/o en complicidad facilitare, o de cualquier modo permitiere la incorporación de una prueba ilícita al proceso penal, salvo que las mismas sean admitidas en juicio por ser fuente independientes y/o descubrimiento inevitable.

La pena se reducirá de un tercio a la mitad si la acción típica se realizare por negligencia, impericia o inobservancia de los deberes a su cargo”.-

A continuación explicaremos como puede ser implementado y el análisis del artículo en cuestión:

En este caso la ubicación legal sería incorporada en el Art 255 –



Párrafo 3° y el mismo comenzaría con un Sub-Titulado- **Prueba Ilícita**. Al analizar el Bien Jurídico Protegido, estaríamos claramente ante la Inviolabilidad de los derechos constituciones fundamentales del ciudadano en el proceso penal. Su acción típica, **Incorporare**: Ingresar una prueba ilícita sin respetar el procedimiento penal (sin respetar las Garantías Constitucionales fundamentales) **Ingresare**: ingrese la prueba ilícita de cualquier manera. **En complicidad Facilitare**, en este caso dejar que otros funcionarios públicos lo ejecuten. La consumación del hecho estaría con la realización de la acción típica. *El sujeto Activo*: únicamente antes esta situación el único que puede incurrir en el delito es el funcionario público (policía, judicial, auxiliares de la justicia etc.).

O de cualquier modo permitiere: el que de cualquier forma, teniendo los medios suficientes para impedir esta incorporación, no lo hiciera.-

Referente a la culpabilidad del delito se admitiría el dolo ya que indefectiblemente el funcionario público no puede desconocer las Garantías Constitucionales (Constitución Nacional), y la culpa se tendría como prevista por ser negligente e imprudente de no observar dicha cuestión en la investigación.

Pertinente a la salvedad aportada (excepciones) es para introducir al sistema una temática uniforme referente a lo investigado. Si bien es cierto que quedara a la vera del procedimiento en cuestión si será imputado el policía o judicial actuante, dependiendo de estos condicionantes no se podrá especular por si ingresar o no la prueba ilícita, y parecería que la forma seria esa, sancionarlo si la prueba es invalida, y eximirlo si la prueba es válida solo con estas excepciones a la regla. Las excepciones a la prueba ilícita en el proceso penal que analizamos en capítulos anteriores, solo nos parece razonable, las que aplicamos en el artículo (fuente independiente y descubrimiento inevitable). Si bien es cierto son varias las excepciones la regla nos parece factible solo incorporar las mencionadas ya que la proporcionalidad y buena fe no nos parecen, admisibles, debido a que en el primer caso (proporcionalidad), todos los delitos son como tal “delitos”, no importa la gravedad del mismo, ni los parámetros que se tome según su gravedad; no es



coherente y lógico a nuestro parecer que una persona que sufrió un hurto -delito menor-, no tenga la misma prerrogativa de la excepción que tenga una familia damnificada por el delito de Homicidio – delito grave – por ser este *grave*. “Este criterio es sumamente peligroso, implica una desnaturalización de la prueba ilegal (éticamente) no puede avalarse la persecución penal a cualquier costo, ya que ello significa aceptar que el fin justifica cualquier medio, el castigo del delito, no puede justificar el empleo de cualquier medio para lograrlo” (EDWARDS E. CARLOS. 2000 Pag. 133). Igualmente en el caso de la Buena Fe nos rehusamos a esta excepción porque se tomará la subjetividad del agente, y en valorar si el funcionario incorporó o no la prueba con buena fe e ingresaríamos al criterio del Juez únicamente de la declaración testimonial del mismo, para desde ese momento poder valorar la prueba, situación que nos parece inviable y muy dificultosa para adaptarla a la ley.

6.3 Factibilidad de elaborar una Ley de Fondo (Código Penal) para lograr la uniformidad Nacional de criterio.

El proyecto de Ley la hemos elaborado, con una simple descripción de cómo ingresaría, su ubicación legal, su tipicidad, su salvedad (excepciones) su sujeto activo, culpabilidad etc. No obstante ello es notable que fuera casi imposible el criterio uniforme de todos, pero si estaríamos dando una línea más delgada para la interpretación de estas cuestiones al momento de detectar la prueba ilegal en el juicio. Esta cuestión no hay duda que vulnera las garantías constitucionales fundamentales ya preestablecidas y con mayor jerarquía, la ley elaborada se podrá aplicar con ese criterio de excepciones y sanciona o no al funcionario público. Esta ley también causa un doble efecto, el hecho que este regulado hace que se pueda aplicar directamente y no se dependa solamente de jurisprudencia al aplicarla; sino con mayor ímpetu en una ley regulada en el Código Penal, y en el funcionario generar la conducta de que esa ley está prevista y tiene una sanción contemplada para ese caso, viéndolo más profundo que la capacitación a los mismos ponga más énfasis en ese criterio de



respetar las garantías constitucionales de los ciudadanos , logrando así una mejor eficiencia y eficacia del sistema.

IV. CONCLUSION.

Para concluir con el presente trabajo, nos permitiremos esbozar ciertas inquietudes acerca de la temática abordada, a la vez que intentaremos ensayar conclusiones personales, siempre con la aclaración de que las mismas se encontrarán teñidas del pensamiento de quienes escriben.

Hechas tales salvedades, comenzaremos diciendo que la regla de exclusión, tal como ha sido abordada en este trabajo final de graduación, y desde nuestro punto de vista, claro, se trata de una especie de regla axiológica que ha tomado carta de ciudadanía en nuestro derecho a partir de su recepción en fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y digo regla axiológica, simplemente por su intrínseca relación con los valores éticos y morales que fundamentan su aplicación. Esto, analizado desde un punto de vista estrictamente positivista, parecería indicar que la doctrina iusnaturalista ha ganado una batalla. Sin embargo, tal conclusión no puede aceptarse como válida por los fundamentos que a continuación expondremos: si bien aceptamos que se trata de una regla axiológica, impregnada de valores y principios éticos y morales que informan a la justicia, ello no significa que tales principios no



puedan o sean receptados por el ordenamiento jurídico, lo que vuelve la cuestión al plano que los positivistas más aman: LA LEY.

En nuestra provincia de Córdoba, al regla de la exclusión, como se expusimos en el presente, no solo se encuentra receptada en la ley: códigos de procedimiento penal, sino que la misma se encuentra enmarcada dentro del ámbito constitucional, receptada por la carta magna provincial y adquiriendo de este modo una supremacía que la vuelve inviolable, por constituir una garantía fundamental. Destaco sin embargo, que todo se trata de lo mismo: es decir, si el poder constituyente al momento de dar una constitución al pueblo de Córdoba, tomó como fundamental el principio ético y moral del buen accionar judicial y el respeto a los derechos individuales de los vecinos de la provincia, ello significa que tal moralidad fue esencial al momento de receptar la norma del artículo 41 in fine de la Constitución de Córdoba que enuncia el principio en estudio. Así, volvió ley lo que en otros estados no lo es y solucionó al menos el primer debate de si se trata de una regla axiológica estricto sensu o una norma jurídica. Ahora bien, adentrándome más en la cuestión que nos ocupa, me permito decir que la regla de exclusión probatoria es sin más un precepto de respeto a las garantías constitucionales más elementales y que hacen que un Estado determinado, pueda denominarse o autoproclamarse “DE DERECHO”. Es cierto que ciertos juristas, y con ánimo de no aburrir nos ahorraremos nombrar a cada pensador cuyas opiniones he leído para la elaboración de este TFG, quienes han criticado la regla diciendo que la aplicación de la misma conlleva necesariamente que ciertos delitos queden impunes y los delincuentes sindicados como sus responsables, lo sean por lógica implicancia, vulnerando de este modo la justicia y provocando disconformidades en la sociedades para con su administración. Se ha dicho también, como contraargumento a la critica que acabamos de exponer, que si la regla se encuentra receptada por la Constitución, habrá de aceptar entonces que aquella quiere que en ciertos y determinados casos, los delitos queden impunes, Nos permitimos disentir con este argumento que refuto de la siguiente manera: la Constitución jamás quiere ni querrá la injusticia, pues su dictado y otorgamiento a los pueblos lo ha sido



justamente para asegurar ciertos valores, entre ellos el principal: LA JUSTICIA. No podemos decir jamás que la Constitución siquiera permite la impunidad en ciertos y determinados casos, en beneficio de ciertos y determinados derechos individuales que ella misma recepta que los juzgamientos y sus consecuentes condenas o absoluciones, que hacen al afianzamiento de la justicia que ella proclama, lo sean siempre en respeto a sus preceptos y con apego absoluto a los procedimientos que las leyes establecen. Jamás deberíamos estar ante la dicotomía de aplicar o no la regla que nos ocupa, pues lo perfecto y normal, debería ser que no existan siquiera en los procedimientos penales, las pruebas obtenidas ilícitamente.-

Creemos que debería dejarse a la policía administrativa abocada para lo que es su función natural: la prevención del delito, no menos importante claro. Destinando los recursos necesarios para la creación de una policía judicial que participe exclusivamente en los actos investigativos de los procedimientos penales y debidamente capacitada para ello.

Por último y citando a Carrio “ Es cierto que la adopción de la regla de exclusión, teóricamente, nos expone al riesgo de que en algún caso aislado un individuo peligroso resulte impune. Pero de allí no se sigue que eso ocurra a diario, o que debamos adoptar frente a esa posibilidad actitudes alarmistas.” (CARRIO, Alejandro D. 1994 pag.159).



V.-ANEXO

Jurisprudencia Sala Penal

RECURSO DE CASACIÓN PENAL - PROCESO PENAL - FINALIDAD - PRESUPUESTO - LEGALIDAD DE LA PRUEBA - PRUEBA - TEORÍA DEL FRUTO DEL ÁRBOL ENVENENADO - ALCANCE - ALLANAMIENTO - GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE INVOLABILIDAD DE DOMICILIO - PROCEDENCIA.

SENTENCIA NÚMERO:CIENTO CINCO En la Ciudad de Córdoba, a los dos días del mes de mayo de dos mil ocho, siendo las ocho y treinta horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados “LEYVA, Jorge Juan p.s.a. retención indebida, etc. –Recurso de Casación-” (Expte. “L”, 1/2006), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Jorge Alberto Valverde, en su carácter de defensor del prevenido Jorge Juan Leyva, contra la sentencia número ciento cuarenta y siete del veinte de diciembre de dos mil cinco, dictada por al Sala Unipersonal de la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto integrada por la Sra. Vocal Dra. Silvia E. Marcotulio. Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son

las siguientes: 1º) ¿Es nula la sentencia por falta de fundamentación legal? 2º) ¿Qué resolución corresponde dictar? Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel. A LA PRIMERA CUESTIÓN La señora Vocal, doctora Aída Tarditti, dijo: I. Por sentencia número ciento cuarenta y siete del veinte de diciembre de dos mil cinco, la Sala Unipersonal de la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto integrada por la Sra. Vocal Dra. Silvia E. Marcotulio dispuso, en lo que aquí interesa "...I) Declarar la nulidad de las órdenes de allanamiento de domicilio de fs. 107/108 y de fs. 193/194... VI) Declarar a Jorge Juan Leyva, ya filiado, autor material y penalmente responsable del delito de tenencia de arma de guerra (hecho único del cuarto proceso), en los términos del art. 189 bis –cuarto párrafo- del C.P., VERSIÓN LEY 25.086), y condenarlo a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas (arts. 5, 9, 26, 29 inc. 3º, 40 y 41 y cc. Del C.P. y 412, 550 y 551 y cc. Del C.P.P.), imponiéndole las obligaciones de los incs. 1º y 3º del C. Penal por el término de dos años. VII) Disponer el decomiso de la pistola cal. 40, marca Tanfoglio N° M01383 y los nueve cartuchos cal. 40 S&W..." (fs. 311/327 vta.). II. Contra dicha resolución interpuso recurso de casación el Dr. Jorge Alberto Valverde, en su carácter de defensor del prevenido Jorge Juan Leiva, invocando el motivo formal del art. 468 inc. 2º del C.P.P. (fs. 329/336). Expresa el recurrente que la resolución en crisis carece de una debida fundamentación al basarse en prueba incorporada ilegalmente a la causa para sustentar la atribución del ilícito en cuestión al prevenido Leyva. Por lo que la misma se hace pasible de la sanción de nulidad contemplada por el art. 413 inc. 3º del C.P.P. Refiere al respecto, que el propio decisorio condenatorio de su asistido declaró la nulidad del allanamiento practicado en el domicilio del prevenido Leyva, consignado en el acta de fs. 193/195 de autos, que aunque originalmente tenía por objeto la obtención de efectos relacionados con al ley 23.037, permitió el hallazgo y secuestro del arma y de los proyectiles cuya tenencia ilícita se le imputó a partir de ese momento en base a dicho secuestro. Es que, anulado el allanamiento por vulnerar garantías constitucionales, el secuestro del arma realizado durante su desarrollo carece de toda eficacia probatoria. A la vez, que excluido el mismo, no es posible tener por acreditada la existencia material del hecho atribuido. Destaca en ese mismo sentido, que el propio sentenciante acepta que el único elemento que da cuenta de dicha tenencia fuera del referido secuestro, se conforma con las declaraciones indagatorias prestadas por el encartado para ejercer su defensa contra dicha imputación durante la investigación penal preparatoria y el debate, y su reconocimiento de la presencia del arma secuestrada en su domicilio en tales oportunidades, aunque alegando que la misma no se encontraba en su poder. Sin embargo, lo declarado por el encartado en sus declaraciones indagatorias obedeció a su necesidad de ejercer su defensa material frente al hecho que se le imputó en base al referido secuestro, que por ello le fue intimado en la ocasión. Por lo que siendo ineficaz este último, también lo son tales manifestaciones, toda vez que se

trata de efectos derivados directamente del acto nulo anterior, de acuerdo con lo normado por los arts. 41 de la Const. Pcial, 191, 194 y cctes. del C.P.P.. De modo que declarada la nulidad del allanamiento, su ineficacia debe extenderse a la imputación deducida contra el encartado, a sus declaraciones indagatorias, al requerimiento de elevación a juicio, al debate y finalmente a la sentencia recurrida. A lo que agrega que el decisorio atacado asimismo ha invertido la carga de la prueba al afirmar que el encartado debió acreditar los distintos extremos de la declaración que formuló en su descargo, lo que asimismo resulta vulneratorio del derecho de defensa y del principio de inocencia erigido en garantía constitucional por nuestro ordenamiento. Finalmente destaca en su favor los dichos del sentenciante en cuanto a que si frente al secuestro ilegal "...se hubiera opuesto el silencio absoluto del acusado o la negativa de que la cosa estaba en su casa y se careciera de otra prueba independiente, la consecuencia hubiera sido la absolución...", pues no existe en autos "...otra prueba independiente ni otra línea investigativa..." (fs. 335). III. Adelantamos que asiste razón al recurrente y que, por ende, su planteo debe prosperar. 1. En efecto, este Tribunal ha señalado reiteradamente que hoy en día resulta indiscutido que el fin inmediato del proceso penal, es la consecución de la verdad objetiva (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho Procesal Penal, t. II, ps. 124/125; CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, t. I. 436/437; TORRES BAS, Raúl E., El Procedimiento Penal Argentino, t. I, p. ed. Lerner, Cba. 1986; AYÁN, Manuel N., La Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Cuadernos de Institutos de Derecho Procesal de la U.N.C., N° 7, año 1967, p. 169; CAFFERATA NORES, José I., Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 40, ed. Lerner, Cba. 1994; DE LA RÚA, Fernando, La Instrucción Suplementaria; MAIER, Julio B., Derecho Procesal Penal, t. I -Fundamentos- p. 852, 2da. edición, Ed. Editores del Puerto, 1996, Bs. As.; SCHMIDT, Eberhard, Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal, p. 202, trad. por José M. Núñez, ed. E.B.A., Bs. As. 1957; MANZINI, Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, t. I, p. 259 y ss. Ed. E.J.E.A., Bs. As. 1951; LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, t. I. p. 187/188 Ed. E.J.E.A., Bs. As., 1963) (T.S.J., Sala penal, "Peñalba", S. n° 52, 19/6/2002; "Sala Penal", "Sánchez", S. n° 45, del 8/6/2000; "Rodríguez", S. n° 6, 12/3/04). Sin embargo, también se ha puntualizado que la verdad objetiva exige como presupuesto la legalidad de las pruebas obtenidas para alcanzarla, por lo que está prohibida la valoración -en contra del imputado-, no sólo del elemento de prueba que ha sido obtenido con vulneración de las garantías constitucionales que a su favor se han estatuido, sino también la prueba que es consecuencia de aquél, puesto que admitir a éstas como válidas significaría desnaturalizar la garantía lesionada al punto tal de legalizar el fruto de su violación (MAIER, Julio B., op. cit., p. 695 y ss.; CAFFERATA NORES, José I., "Los Frutos del Árbol Envenenado", en Doctrina Penal, p. 491, Ed. Depalma, 1986; y en La prueba en el Proceso Penal, p. 18/19, Ed. Depalma, Bs. As. 1998; CARRIÓ, Alejandro, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, p. 238 y ss., 4ta.

edición, Ed. Hammurabi, 2000, Bs. As.; EDWARDS, Carlos, La Prueba Ilegal en el Proceso Penal, p. 89 y ss., Ed. Lerner, 2000, Córdoba) (T.S.J., Sala Penal, “Rodríguez”, S. n° 6, 12/3/04). Para despejar cualquier hesitación acerca de ello, la Constitución Provincial en el art. 41, in fine, declara que "...Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella..." (el destacado es nuestro). En términos similares se expide el actual art. 194 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Y en igual sentido se ha pronunciado sobre el tema el máximo Tribunal de la Nación en "Rayford" (Fallos 308:733, S. del 13/5/1986), citando la doctrina de resoluciones anteriores ("Montenegro", S. del 10/12/1981, Fallos 303:1938; "Ruiz", S. del 17/9/87, Fallos 310:1847; "Francomano" S. del 19/11/87, Fallos 310:2384; "Daray", S. del 22/12/94, Fallos 317:1985). Doctrina de la que asimismo se ha hecho eco este Tribunal (T.S.J., Sala Penal, “Rodríguez”, S. n° 6, 12/3/04). Siendo así las cosas debe señalarse que cuando el cauce procesal con el que se sanciona la ineficacia de un acto violatorio de garantías constitucionales por concurrir una exclusión probatoria viene conformado por la vía de la nulidad, como acontece la mayoría de las veces (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas, Edit. Ad-Hoc, Bs. As., p. 60), el efecto extensivo de dicha ineficacia viene regulado tanto por lo dispuesto por el art. 191 del C.P.P., por tratarse de una nulidad, como por lo establecido por el art. 194 del C.P.P. – coincidente con el art. 41 de la Const. Pcial.–, por tratarse de una exclusión probatoria. Pero los criterios y alcance del carácter difusivo asignado a la invalidez del acto difieren en una y otra disposición. En efecto, la extensión contemplada por el art. 191 del C.P.P. se funda en la conformación del proceso como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos y la alteración que produce en esa cadena, la declaración de la ineficacia de uno sus eslabones. Por lo que relevante estará dado por la dependencia procesal directa que se advierte entre el acto anulado y los actos posteriores (AROCENA, Gustavo, La nulidad en el proceso penal, 2ª ed. ampliada y actualizada, edit. Mediterránea, Córdoba, 2004, pp. 145 y 148). Dicho de otro modo, por la vinculación normativa, de dependencia formal entre ellos, que requerirá que el uno sea presupuesto legal del otro, de acuerdo con lo establecido por el ordenamiento ritual (CAFFERATA NORES, José Ignacio; TARDITTI, Aída, Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba. Comentado, edit. Mediterránea, Córdoba, 2003, t. 1, p. 470). En cambio en el caso de la difusión de la ineficacia por exclusiones probatorias, lo que se pretende es evitar la proyección del acto inválido en vulneraciones larvadas de las garantías constitucionales. Por lo que para ello debe recurrirse a criterios materiales que permitan individualizar todas sus consecuencias necesarias e inmediatas que se tornan ilícitas por derivación, sin importar si esos actos dependen formal o jurídicamente o no del acto inicialmente ineficaz (CAFFERATA NORES, José Ignacio; TARDITTI, Aída, Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba.

Comentado, edit. Mediterránea, Córdoba, 2003, t. 1, p. 497), por lo que sólo interesará la conexión lógica o factual con el acto defectuoso. En resumidas cuentas, en materia de nulidad rige una concepción más legalista y restrictiva de los efectos invalidantes del acto sancionado que se proyecta en la exigencia de una conexión jurídica que no es necesaria desde la perspectiva más amplia de los efectos de las exclusiones probatorias, pues, por ejemplo, aunque la nulidad de la confesión, formalmente no signifique que también lo sea la prueba obtenida en consecuencia, ello sí ocurrirá desde la perspectiva material de las exclusiones probatorias (HAIRABEDIÁN, Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas, Edit. Ad-Hoc, Bs. As., p. 61). Dicho de otro modo, bastará que en términos fácticos, la prueba derivada se presente como el fruto o resultado necesario de la primera invalidada (MINVIELLE, Bernadette, "La prueba ilícita en el derecho procesal penal", Opúsculo de derecho penal y criminología n° 25, edit. Lerner, Córdoba, 1987, p. 48). Así las cosas, debe señalarse que el máximo Tribunal de la Nación ya se ha pronunciado en relación con dicho extremo, a lo que se ha adherido esta Sala señalando 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. Ya ha dicho esta Corte que conceder valor a esas pruebas y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias... Appreciar 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 esas vías puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados..." (C.S.J.N., Fallos 308:733, S. del 13/5/1986, "Rayford"; T.S.J., Sala Penal, "Rodríguez", S. n° 6, 12/3/04). En consecuencia, para determinar si se está en presencia de un "fruto" del "árbol envenenado" y por ende, si se presenta la referida relación de dependencia material, será necesario recurrir a un doble juicio de derivación. Así, en primer término, el iudicante deberá consultar las circunstancias del caso, a fin de determinar si suprimido mentalmente el acto viciado, desaparece la prueba en cuestión (Cfr. T.S.J., Sala Penal, "Suárez y otro", S. n° 19, 30/10/1989), pues, si sólo se exigiera el mentado juicio hipotético a fin de descubrir los "frutos" del acto viciado, podrían calificarse como tales, incluso, sus consecuencias materiales meramente casuales (p.e., cuando la policía allana un domicilio sin orden, a fin de detener a un sospechoso, y halla casualmente en dicho lugar a un testigo clave del crimen) (T.S.J., Sala Penal, "Rodríguez", S. n° 6, 12/3/04). En segundo lugar y de acuerdo al tenor literal de los arts. 41 de la C.Prov. y 194 del C.P.P., también se requerirá un segundo juicio de derivación (decimos esto porque ambas normas

emplean una conjunción copulativa "y" para separar la siguiente exigencia, de la que recién examinamos), en el que el a quo también deberá indagar las circunstancias del caso concreto a la luz de las reglas de la experiencia, a fin de establecer si la prueba en cuestión constituye una consecuencia materialmente necesaria de dicho acto ilícito, y no de una consecuencia meramente casual, contingente (T.S.J., Sala Penal, "Rodríguez", S. n° 6, 12/3/04). De modo que sólo serán "frutos" del "árbol venenoso", aquellas pruebas que tengan como única fuente, el acto violatorio de garantías constitucionales, y que -además- materialmente sean consecuencias necesarias (y no meramente casuales) de dicho acto ilícito (T.S.J., Sala Penal, "Rodríguez", S. n° 6, 12/3/04). Todo lo cual habrá de establecerse recordando que en esa materia, el tribunal de casación actúa "como juez de hecho" a efectos de comprobar si es verdad que la actividad procesal no se ha desarrollado con las formas debidas. Para lo que puede recurrir a la comprobación de las circunstancias de la causa e incluso producir una investigación para indagar el verdadero cumplimiento de las formas (De la Rúa, Fernando, ob. cit., p. 70) (T.S.J. "Sala Penal" S. 21, del 15/05/97 "Cabello"; S. 68, 7/8/2000 "Ariza"; S. 96, 13/11/2000 "Ortega"). 2. En el marco de las razones señaladas, corresponde referirse ahora a la situación concreta que se presenta en autos. La resolución en crisis declaró la nulidad del allanamiento practicado en el domicilio del encartado, de cuya realización da cuenta el acta de fs. 193/195 de autos. La aplicación de dicha sanción procesal se fundó en que la orden carecía de una disposición fundante previa que la sustentara. Requisito previsto bajo pena de nulidad por los ordenamientos rituales nacional y provincial, y cuyo incumplimiento determina la vulneración de la garantía constitucional de inviolabilidad de domicilio que amparaba al acusado encartado según lo dispuesto por los arts. 45 C. Pcial., 18 C.N., 203 y cctes. del C.P.P.. Por lo que se trata de un caso de invalidación en el que concurre tanto una sanción de nulidad, como una exclusión probatoria. Siendo así las cosas y de acuerdo con lo que hemos dicho, al haberse empleado la vía de la nulidad para dar cauce a dicha exclusión probatoria, la ineficacia de dicho allanamiento debe extenderse los actos posteriores que dependan jurídicamente de él. Pero, tratándose al mismo tiempo de una declaración de ineficacia que encauza una exclusión probatoria, tal invalidez debe difundirse también, a todos aquellos actos que aunque no dependan jurídicamente del ineficaz, sí dependan fáctica o materialmente del mismo en los términos señalados precedentemente. En ese contexto, debe señalarse que un examen de la causa, revela que no se contaba con noticia previa alguna en relación con la presencia del arma allí, por lo que tanto el hallazgo del arma en el domicilio del encartado como su inmediato secuestro, se produjeron con motivo y durante la realización del allanamiento invalidado, en el que en realidad se buscaban efectos relacionados con la ley 23.037. Asimismo se desprende de las constancias de autos, que el secuestro del arma fue el único elemento incriminatorio del encartado con el que se contó para fundar su imputación. Y que fue en virtud de dicha imputación que el prevenido Leyva fue citado a declarar para ejercer su defensa



material, generándose la ocasión en la que éste, intimado por el hecho, prestó su primera declaración indagatoria, aceptando la presencia del arma de fuego en su domicilio. También resulta claro en la causa, que dicho secuestro y tal aceptación por el encartado de la presencia del arma en su domicilio, fueron los dos únicos elementos que se tuvieron en cuenta para elevar la causa a juicio y abrir el debate, en la que al receptar nueva declaración indagatoria al encartado, éste ratificó lo sostenido inicialmente en cuanto a la presencia de dicha arma en su domicilio. Y, finalmente, surge de la fundamentación de la resolución atacada, que son esas tres circunstancias (el secuestro del arma en el domicilio del encartado y su reconocimiento de tal presencia en sus dos declaraciones indagatorias), las únicas que fundamentan la sentencia que condena del encartado por dicho ilícito y el decomiso de su arma. Siendo así las cosas, se advierte que tanto desde la perspectiva formal del art. 191 del C.P.P. como desde la óptica material del art. 194 de dicho ordenamiento ritual, la ineficacia del allanamiento debe extenderse a una serie de actos posteriores que determinan la invalidación de la sentencia condenatoria atacada, en cuanto condena al encartado por el referido delito de tenencia de arma de guerra y ordena el decomiso del arma. En efecto, desde una perspectiva formal de dependencia jurídica requerida por el art. 191 C.P.P., se advierte que el secuestro del arma dependió del allanamiento anulado (arts. 203, 204, 210 “a contrario sensu” y ctes. del C.P.P.), la imputación del encartado de dicho secuestro (art. 306 C.P.P.), el llamado a prestar declaración indagatoria de dicha imputación (art. 306 C.P.P.), la elevación de la causa a juicio de dicha declaración indagatoria (art. 354 C.P.P.), el debate de dicha elevación a juicio (arts. 360 y cts. C.P.P.), y el dictado de la sentencia condenatoria del encartado de la realización dicho debate (art. arts. 385, 390, 395, 405 y ctes. del C.P.P.). Tales relaciones también se advierten desde una perspectiva material, de tipo lógico y factual como la prevista por el art. 194 C.P.P., pues resulta clara la dependencia material que se advierte entre el allanamiento nulo y el hallazgo casual del arma -y su secuestro-; entre la realización de este último acto y la imputación del encartado por el delito del art. 189 bis inc. 2º 4to. párrafo del C.P.P. por la que fue llamado a prestar declaración indagatoria; entre dicho secuestro y los dichos de Leyva aceptando la presencia del arma en su vivienda al prestar declaración indagatoria; entre dicho secuestro y su segunda declaración indagatoria en el debate, en la que reconoció nuevamente la presencia del arma en ese lugar; y entre dicho secuestro y la fundamentación de la sentencia, sobre la que se sustentó la condena del encartado por el referido delito de tenencia de arma de guerra y el decomiso del arma. Por lo tanto, conforme al desarrollo expuesto, existe una conexión tanto formal como material entre los actos anulados, las pruebas excluidas y la declaración del imputado que conducen a la nulidad de la sentencia que se asienta en ella para afirmar la existencia del hecho y de la participación. Voto, pues, afirmativamente a esta cuestión. La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto,

expidiéndome en igual sentido. La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma. A LA SEGUNDA CUESTIÓN: La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo: Atento al resultado de la votación que antecede, corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido y anular la resolución atacada atendiendo a lo dispuesto por los arts. 118 C.N., 41 3er. párrafo y 45 C. Pcial., y 203 1er. párrafo, 184, 186, 190, 194 y ctes. del C.P.P.. Sin costas, atento el resultado obtenido (arts. 550/551 del C.P.P.). Asimismo se advierte, que por las particularidades del caso, resulta innecesario reenviar la causa para que el tribunal renueve parcialmente la sentencia, dada la inexorable absolución que en ese caso correspondería disponer en relación con el encartado, por el único delito por el que ha sido condenado, como consecuencia de la sanción de ineficacia a la que se ha aludido. Por lo que corresponde directamente ordenar la absolución de Jorge Juan Leyva, ya filiado, por el delito de tenencia de arma de guerra (art. 189 bis, 45°. Párrafo del C.P.) que se le atribuía (hecho único del cuarto proceso), en virtud de lo dispuesto por los arts. 118 C.N., 41 3er. párrafo y 45 C. Pcial., y 203 1er. párrafo, 184, 186, 190, 194, 411 y ctes. del C.P.P.. Así voto. La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo: La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; RESUELVE: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por el Dr. Jorge Alberto Valverde, en su carácter de defensor del prevenido Jorge Juan Leyva, contra la sentencia número ciento cuarenta y siete, del veinte de diciembre de dos mil cinco, dictada por al Sala Unipersonal de la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto integrada por la Sra. Vocal Silvia E. Marcotulio y anular la resolución atacada en cuanto ha sido motivo de impugnación (arts. 118 C.N., 41 3er. párrafo y 45 C. Pcial., y 203 1er. párrafo, 184, 186, 190, 194 y ctes. del C.P.P.). II. Absolver al prevenido Jorge Juan Leyva, ya filiado, por el delito de tenencia de arma de guerra (hecho único del cuarto proceso) que se le atribuía en virtud de lo dispuesto por el art. 189 bis, 4to. párrafo del C.P. (ley 25.086) en virtud de lo dispuesto por los arts. 118 C.N., 41 3er. párrafo y 45 C. Pcial., y 203 1er. párrafo, 184, 186, 190, 194, 411 y ctes. del C.P.P. (arts. 550 y 551 C.P.P.). III. Sin costas (arts. 550 y 551 C.P.P.). Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.



PROCESO PENAL - VERDAD OBJETIVA - PRUEBA - LEGALIDAD - DOCTRINA "DE LOS FRUTOS DEL ARBOL ENVENENADO" - DOBLE JUICIO DE DERIVACION - DELITO CONTINUADO - CONFIGURACION - LEYES PENALES SUCESIVAS - LEY APLICABLE - LEY MÁS BENIGNA - CORRUPCIÓN DE MENORES AGRAVADO - SUMINISTRO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO A MENORES DE CATORCE AÑOS - CONCURSO IDEAL - PENA - ESCALA PENAL APLICABLE - ATENUANTES Y AGRAVANTES.

Sent. N° 06 del 12/03/2004 - Autos: "RODRIGUEZ, Luis María p.s.a. promoción a la corrupción de menores reiterada, etc. Recurso de Casación". Magistrados: Dres. Cafure de Battistelli, Tarditti y Rubio. SENTENCIA NUMERO: SEIS En la ciudad de Córdoba, a los doce días del mes de marzo de dos mil cuatro, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, con asistencia de los señores Vocales doctores Aída Tarditti y Luis Enrique Rubio, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados "Rodríguez, Luis María p.s.a. promoción a la corrupción de menores reiterada, etc. Recurso de casación" (Expte. "R", 7/2003), con motivo del recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado Luis María Rodríguez, en contra de la sentencia número seis, dictada el día veintiocho de febrero de dos mil tres, por la Cámara Criminal y Correccional de la ciudad de Cruz del Eje (Provincia de Córdoba). Abierto el acto por la Sra. Presidente, se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes: 1. ¿Es nula la sentencia por basarse decisivamente en prueba ilegal, con relación al hecho nominado primero?. 2. ¿Ha inobservado la resolución impugnada lo dispuesto por el art. 2do. del Código Penal, con relación al hecho nominado primero?. 3. En su caso, ¿qué resolución corresponde dictar?. Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dres. Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli, y Luis Enrique Rubio. A LA PRIMERA CUESTION: La señora Vocal, doctora Aída Tarditti, dijo: I. Por sentencia número seis, de fecha veintiocho de febrero de dos mil tres, la Cámara Criminal y Correccional de la ciudad de Cruz del Eje (Provincia de Córdoba), en lo que aquí concierne, resolvió declarar a Luis María Rodríguez autor responsable de los delitos de Promoción a la Corrupción de menores agravado y suministro de material pornográfico a menores de catorce años en concurso ideal, y aplicarle para su tratamiento la pena de seis años y seis meses de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 45, 125 2do. párr., 128 últ. párr., 54, 9, 12, 40, 41, 29 inc. 3ro. C.P.; y arts. 550 y 551 C.P.P.)(ver fs. 621 vta.). II. El Dr. Julio César Liviero, en su carácter de letrado defensor del acusado Luis María Rodríguez, bajo la invocación del motivo formal de casación (art. 468 inc. 2do. C.P.P.), se agravia de la indebida fundamentación del fallo de marras, por entender que ha valorado prueba que ha sido ilegalmente incorporada al debate, y que ha resultado decisiva para tener por acreditado el hecho nominado primero (arts. 18 C.Nac.; 40 y 41 C.Prov.; y arts. 185 inc. 3ro., 186 2do. párr., 190, 191, 192, y 413 inc. 3ro. C.P.P.). En este sentido, sostiene que el tribunal de mérito, en resolución obrante en acta de debate de fecha seis de febrero de dos mil tres, resolvió declarar la nulidad de allanamiento efectuado



por personal policial en el domicilio del imputado con fecha dos de agosto de dos mil uno, plasmado en el acta de fs. 16/23, y los actos que de él dependen: secuestro de los bienes allí referenciados y la pericia de audio y video de fs. 455/449 y fotografías obtenidas con motivo de las mismas. Sin embargo, el a quo seguidamente permite el ingreso al debate y al decisorio impugnado de prueba que se originara en el acto que declaró ilegal. A su juicio, la sentencia recurrida, en cuanto al nominado primer hecho, encuentra su soporte en material probatorio que es consecuencia y efecto de la investigación penal preparatoria que se originara con motivo del procedimiento de allanamiento de la morada del encartado, documentado a fs. 16/23, de fecha dos de agosto de 2001. Allí se consigna como una circunstancia emergente del procedimiento, que a las 15:00 hs. se hizo presente en la referida morada la menor S. R. T., de 13 años, la cual fue trasladada a la dependencia a disposición de sus progenitores. A su vez, en forma concatenada a dicha circunstancia, ese mismo día se dispuso tomar declaración a M. I. C. de G. (la madre de la menor), quien dio amplias referencias del hecho bajo examen, tomando conocimiento por intermedio de los dichos de su hija (S. R. T.) en la sede policial, dejando promovida la correspondiente acción penal. Luego, a las 18:00 hs. del mismo día, como consecuencia de lo anterior, se recepitó la exposición informativa de S. R. T., quien hizo conocer de la existencia de dos testigos: M. R. y R. R., quienes también fueron citadas. "Así sucesivamente se fue admitiendo prueba ilícita en el proceso penal, llegando también a ser una consecuencia del encadenamiento por conexidad derivada, la pericia psicológica realizada sobre la menor T." (fs. 629 vta.). Por lo anterior, el recurrente solicita la exclusión integral del siguiente material probatorio, el cual deriva del registro domiciliario ya declarado nulo por el a quo, a saber: Denuncia de M. I. C. de G. (fs. 37) y declaración testimonial en debate, Exposiciones de S. R. T. de fs. 38, 298 y 337 y la realizada en el debate, Exposiciones de R. R. de fs. 55 y 282 y en el debate, exposiciones de M. R. de fs. 45 y 284 y en el debate, fotografías del lugar del hecho de fs. 31/36, inspección ocular y croquis ilustrativo (fs. 29/30), pericia psicológica de S. R. T. de fs. 401/403. Alega que admitir como válida la prueba que es consecuencia inmediata de la vulneración de una garantía individual (inviolabilidad del domicilio), significaría desnaturalizar la garantía lesionada, al extremo de legalizar su violación. Cita fallos de este Tribunal y de la C.S.J.N., como sostenedores de la mentada postura. Sostiene que la prueba precedentemente enunciada resulta decisiva, porque si se prescindiera de la misma, no hay razón suficiente en el resto de la probanzas seleccionadas por la Cámara de Juicio para arribar a la conclusión aquí objetada. Así, refiere que "sin el concurso de la prueba derivada no se podría haber establecido el suceso nominado primero (notitia criminis), ni conseguido el comparendo de la denunciante (C. de G.) y su hija (S. R. T.), ni individualizado y ubicado a los testigos (R.), todo ello fue posible merced al registro ilícito que se prolongó desde la hora 9 y 50 a las 15:00 hs., y que posibilitó a la policía, que ilegalmente se introdujo en el domicilio del imputado, conectarse con S. R. T. y de allí en más "con ese dato probatorio", se dio inicio y origen al hecho que impulsara la persecución penal, permitiendo sucesivamente la toma de fotografías, realización de inspección ocular y confección de croquis" (fs. 630). Y agrega: "Si la

policía no hubiese ingresado y permanecido en el domicilio, declarado en el juicio como ilegalmente allanado, no habría podido detectar ni individualizar a la joven que allí se hizo presente (la prueba se hubiera mantenido oculta), esto es así porque la presencia policial fue con el propósito de una investigación con relación a hechos y denuncias (las formuladas por B., fs. 1 y 7) de carácter totalmente independiente a la T., la que no era nombrada en esas actuaciones ya que se la desconocía, ignorándose de su concurrencia al lugar, ni siquiera había indicios de su existencia física, por lo que es de concluir que si la policía no hubiera ido al lugar (supresión de la presencia policial), el día del acto ilegal, no se podría haber dado origen a la investigación para el nominado primer hecho..." (fs. 630 y vta.). Refiere que, a partir de lo apuntado precedentemente, se han reunido las condiciones previstas en la Constitución de la Provincia, para que opere la exclusión de elementos probatorios, toda vez que: 1) la prueba se hubiera mantenido oculta de no mediar la violación; 2) entre el acto inconstitucional y la prueba media una relación de necesidad, o sea una relación de causa a efecto ineluctable, en razón de la imposibilidad de asir la prueba por otro camino independiente de aquél. Agrega que la solitaria tenencia de videos y películas de contenido pornográfico, con exclusión de la prueba ilegalmente incorporada y valorada, no tiene entidad suficiente para afirmar con certeza la conclusión sobre la existencia del delito de promoción a la corrupción de menores, agravada. Así, tal como lo sostuvo el a quo al dar respuesta a los hechos nominados segundo, cuarto, quinto, sexto y séptimo, surgen dudas que la exhibición de material pornográfico o las filmaciones que efectuó en algunos casos, tuvieran entidad suficiente como para corromper o torcer el normal trato sexual de las víctimas. Por ello, al igual que ocurrió con los mencionados hechos, el recurrente entiende que el a quo debería haber absuelto a su cliente con relación al hecho nominado primero. Por las razones anteriores, el impugnante solicita la anulación del fallo en cuanto al punto aquí debatido, y su reenvío para que un nuevo tribunal lleve adelante el debate con la prueba legítima, prescindiendo de la ilegítima, y resolviendo definitivamente la situación procesal de su defendido (ver fs. 628 a 632 vta.). III. De lo precedentemente reseñado, se advierte a las claras que, a juicio del recurrente, la prueba que ha dado sustento a la condena de su cliente con relación al hecho nominado primero, es consecuencia necesaria de la vulneración de una garantía individual (inviolabilidad del domicilio), por lo cual se han reunido las condiciones previstas para que opere la ineficacia de dichos elementos probatorios (art. 41 C.Prov., y 194 C.P.P.). Sobre el particular, adelanto mi opinión de que, aunque se admitiera que el allanamiento a la morada de Luis María Rodríguez se efectuó vulnerando garantías constitucionales (concretamente, el requisito relativo a una orden de allanamiento "motivada" art. 45 C.Prov.), no resulta de recibo la petición del impugnante. Doy razones: 1. Este tribunal ha tenido oportunidad de sostener en un reciente pronunciamiento (autos "Peñalba", S. n° 52, 19/6/2002), que hoy en día resulta indiscutido que el fin inmediato del proceso penal, es la consecución de la verdad objetiva (Vélez Mariconde, Alfredo, "Derecho Procesal Penal", t. II, ps. 124/125; Claria Olmedo, Jorge A., "Tratado de Derecho Procesal Penal", t. I. 436/437; Torres Bas, Raúl E., "El Procedimiento Penal



Argentino", t. I, p. ed. Lerner, Cba. 1986; Ayán, Manuel N., "La Actividad Probatoria en el Proceso Penal", Cuadernos de Institutos de Derecho Procesal de la U.N.C., N° 7, año 1967, p. 169; Cafferata Nores, José I., "Introducción al Derecho Procesal Penal", p. 40, ed. Lerner, Cba. 1994; de La Rúa, Fernando, "La Instrucción Suplementaria"; Maier, Julio B., "Derecho Procesal Penal", t. I Fundamentos p. 852, 2da. edición, Ed. Editores del Puerto, 1996, Bs. As.; Schmidt, Eberhard, "Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal", p. 202, trad. por José M. Núñez, ed. E.B.A., Bs. As. 1957; Manzini, Vincenzo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", t. I, p. 259 y ss. Ed. E.J.E.A., Bs. As. 1951; Leone, Giovanni, "Tratado de Derecho Procesal Penal", t. I. p. 187/188 Ed. E.J.E.A., Bs. As., 1963) (T.S.J., "Sala Penal", S. 45, del 8/6/2000, "Sanchez"). Sin embargo, se puntualizó que la verdad objetiva exige como presupuesto la legalidad de las pruebas obtenidas para alcanzarla, por lo que está prohibida la valoración en contra del imputado no sólo del elemento de prueba que ha sido obtenido con vulneración de las garantías constitucionales que a su favor se han estatuido, sino también la prueba que es consecuencia de aquél, puesto que admitir a éstas como válidas significaría desnaturalizar la garantía lesionada, al punto tal de legalizar el fruto de su violación (Maier, Julio B., op. cit., p. 695 y ss.; Cafferata Nores, José I., "Los Frutos del Árbol Envenenado", en Doctrina Penal, p. 491, Ed. Depalma, 1986; y en "La prueba en el Proceso Penal", p. 18/19, Ed. Depalma, Bs. As. 1998; Carrió, Alejandro, "Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", p. 238 y ss., 4ta. edición, Ed. Hammurabi, 2000, Bs. As.; Edwards, Carlos, "La Prueba Ilegal en el Proceso Penal", p. 89 y ss., Ed. Lerner, 2000, Córdoba). Para despejar cualquier hesitación acerca de ello, la Constitución Provincial en el art. 41, in fine, declara que "Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella" (el destacado es nuestro). En el mismo sentido, el actual art. 194 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba al receptar la manda constitucional establece la regla de la exclusión probatoria, así como la teoría complementaria de los "frutos del árbol envenenado", y sus excepciones, en idénticos términos a los del art. 41 de la C.Prov.. Asimismo, el máximo Tribunal de la República se pronunció en el mismo sentido sobre el tema bajo examen. Así, en "Rayford" (Fallos 308:733, S. del 13/5/1986), citando la doctrina de resoluciones anteriores ("Montenegro", S. del 10/12/1981, Fallos 303:1938), sostuvo 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. Ya ha dicho esta Corte que conceder valor a esas pruebas y apoyar en ellas una sentencia judicial, no sólo es contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituir la en beneficiaria del hecho ilícito por el que se adquirieron tales evidencias... Appreciar 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 esas vías puedan determinarse con claridad los efectos a los que conduciría la eliminación de los eslabones viciados..." (Consid. 5º el resaltado en negrita nos pertenece). Esta doctrina de la Corte fue luego reiterada por idéntico Tribunal en autos "Ruiz" (S. del 17/9/87, Fallos 310:1847); "Francomano" (S. del 19/11/87, Fallos 310:2384); "Daray" (S. del 22/12/94, Fallos 317:1985). 2. En lo que aquí concierne, cabe destacar entonces que, según la doctrina denominada de "los frutos del árbol envenenado", la ineficacia probatoria de los actos vulneratorios de garantías constitucionales se extiende a aquellas pruebas derivadas (es decir, a los "frutos") de aquel acto. En este orden de ideas, a partir de la redacción de las disposiciones legales arriba citadas (arts. 41 C.Prov. y 194 C.P.P.), se infiere que, para estar en presencia de un "fruto" del "árbol envenenado", se exige un doble juicio de derivación. Así, en primer término, el iudicante deberá consultar las circunstancias del caso, a fin de determinar si, suprimido mentalmente el acto viciado, desaparece la prueba en cuestión (Cfr. T.S.J., Sala Penal, "Suárez y otro", S. nº 19, 30/10/1989). Cabe puntualizar que, si sólo se exigiera el mentado juicio hipotético a fin de descubrir los "frutos" del acto viciado, podrían calificarse como tales, incluso, sus consecuencias materiales meramente casuales (p.e., cuando la policía allana un domicilio sin orden, a fin de detener a un sospechoso, y halla casualmente en dicho lugar a un testigo clave del crimen). Por lo anterior, de acuerdo al tenor literal de los arts. 41 de la C.Prov. y 194 del C.P.P., se requiere un segundo juicio de derivación (decimos esto porque ambas normas emplean una conjunción copulativa "y" para separar la siguiente exigencia, de la que recién examinamos). En efecto, el a quo también deberá indagar las circunstancias del caso concreto, a la luz de las reglas de la experiencia, a fin de establecer si la prueba en cuestión se trató de una consecuencia materialmente necesaria de dicho acto ilícito, esto es, que no consistió en una consecuencia meramente casual, contingente. Por consiguiente, aplicando el doble juicio de derivación arriba consignado, sostengo que sólo son "frutos" del "árbol venenoso", aquellas pruebas que tienen, como única fuente, el acto violatorio de garantías constitucionales, y que además son consecuencias necesarias (y no meramente casuales) a partir de dicho acto ilícito. 3. Corresponde ahora auscultar las constancias de la presente causa, a fin de establecer si, de acuerdo a la doctrina recién establecida, resulta procedente declarar la nulidad del fallo en crisis, tal como lo ha solicitado el impugnante. Antes de ello, cabe aclarar que constituye doctrina judicial de esta Sala que el tribunal de casación actúa "como juez de hecho", a efectos de comprobar si es verdad que la actividad procesal no se ha desarrollado con las formas debidas, para lo cual puede recurrir a la comprobación de las circunstancias de la causa y aún puede producir una investigación para indagar el verdadero cumplimiento de las formas (De la Rúa, Fernando, ob. cit., p. 70) (T.S.J. "Sala Penal" S. 21, del 15/05/97 "Cabello"; S. 68, 7/8/2000 "Ariza"; S. 96, 13/11/2000 "Ortega"). Del análisis de las constancias de autos, en lo que aquí concierne, surge que: a) Las presentes actuaciones se iniciaron el día primero de agosto de 2001, a raíz de una denuncia formulada por Ana Edith Bazán, quien afirmó que un tal "Luis



Rodríguez", de aproximadamente 65 años de edad, luego de haber invitado en reiteradas ocasiones a niñas menores de edad a dar vueltas en su auto, a comer, y a tomar gaseosas, cerveza, o helados, las habría llevado a su domicilio, y allí les habría exhibido películas pornográficas, en algunas de las cuales él aparecía manteniendo relaciones sexuales con menores de edad. Señala que las víctimas serían su hija de quince años de edad, E. A. L., una tal D. V., y "su prima C.". También aludió a la presencia de armas en poder del nombrado (fs. 1 y vta.). b) Luego, se procedió a receptor una Exposición informativa a la menor E. A. L., quien ratificó los dichos de su madre, y mencionó como víctimas del accionar de Rodríguez a Débora Bernaola, su prima C. B., S. S., M. S., C. F., V. B., M. B., R. B., L. y V. H., y C. M. (fs. 3 a 4). c) A continuación, figura la denuncia formulada por V. M. B., quien relata el obrar arriba detallado, y indica a un Sr. Luis Rodríguez, de unos 60 a 65 años de edad, en términos similares a los anteriormente vertidos. Menciona como víctimas de dicho obrar a su hija, C. E. B., de quince años de edad, y a E. A. L.. Y señala que el domicilio de Rodríguez se encuentra en calle Capital Federal n° 46, de la ciudad de La Falda, y que su auto es un Peugeot 306, color gris (fs. 7 y vta.). d) Luego se procedió a receptor una exposición informativa a C. E. B., quien relató los hechos de forma similar a los anteriores testigos. Mencionó como otras víctimas, a D. B., a E. A. L., una tal "Ivana", domiciliada en Barrio San Jorge, y a otra tal "Ivana" a la que le dicen "Caballito Loco", y vive en el Barrio Molino de Oro. También mencionó a P. G., S. S., M. S., C. F., M. B. y R. B., L. y V. H., y C. M.. Agregó que Luis Rodríguez le solicitó a ella mantener relaciones sexuales, junto con E.; y refirió que en el domicilio del nombrado existen muchas fotografías con mujeres desnudas, varias cámaras ocultas, y gran cantidad de preservativos sobre la mesa de luz que tiene al lado de la cama (fs. 9 a 10). e) El día 2 de agosto de 2001, el Juzgado de Paz de La Falda resolvió ordenar el allanamiento del domicilio de Luis María Rodríguez, sito en Capital Federal n° 46 (Complejo Habitacional), de la ciudad de La Falda, a los efectos de proceder al secuestro de un vehículo Peugeot 306, color gris, filmadoras, televisores, videos, películas, armas (pistolas ó revólveres), preservativos, cámaras filmadoras, cámaras fotográficas, y literatura pornográfica (fs. 15 vta.). f) Ese mismo día, a las 9:50 hs., el Oficial Ppal. Jorge Enrique Robledo, llevó a cabo el mentado allanamiento, procediéndose al secuestro de varios televisores, videos y fotografías pornográficas, filmadoras, armas (pistolas y revólveres), rifles, cámaras fotográficas, consoladores, preservativos, y el vehículo marca Peugeot 306, color gris. En el acta respectiva también consta que "siendo las 15:00 hs. se hizo presente en esa morada la menor S. R. T., de 13 años, ..., la cual es trasladada a la dependencia a disposición de sus progenitores...". Finalmente, se procedió a la detención de Luis María Rodríguez p.s.a. promoción a la corrupción de menores, tenencia de arma de guerra y suministro de material pornográfico a menores de edad (fs. 17 a 26). g) En oportunidad de concretarse dicho allanamiento, se confeccionó un croquis del domicilio allanado, y se extrajeron varias fotos del mismo, mostrando algunos de los objetos secuestrados (fs. 29 a 36, y 463 y vta.). h) Ese mismo día, se hizo presente en la dependencia policial la Sra. M. I. C. de G., madre de la menor S. R. T., y se le receptó declaración testimonial.

Allí señaló que se enteró de lo que ocurría en el interior de la vivienda del Sr. Rodríguez, por intermedio de los dichos de su hija en sede policial, por lo cual dejaba promovida la correspondiente acción penal que emergiera de lo por ella narrado (fs. 37 y vta.). i) A las 18:00 hs. de ese mismo día (2/8/2001) se recepitó la exposición informativa de la menor S. R. T., de trece años de edad. En dicha oportunidad, la menor relató las conductas llevadas a cabo por el acusado, que aparecen descriptas en el nominado "Primer Hecho" de la acusación, consistentes en la exhibición a menores de material pornográfico, como así también en haberle efectuado tocamientos en zonas pudendas, filmaciones a menores cuando ellas estaban desnudas, y en haber efectuado ofertas reiteradas de trato sexual. Mencionó como compañeras de sus visitas al Sr. Rodríguez, a las menores M. R. y R. R., ambas de once años de edad (fs. 38 a 39). j) El día 4 de agosto de 2001, se recepitó una exposición informativa a la menor M. R., de once años de edad, quien dio cuenta de los ingresos de S. R. T. al domicilio de Rodríguez (fs. 54 vta.). k) También se recepcionó la exposición informativa de R. R., de once años de edad, quien ratificó las incursiones de la menor T. en el domicilio del Sr. Rodríguez, y la exhibición de películas pornográficas (fs. 55 y vta.). l) Posteriormente, se recepcionaron los testimonios y exposiciones informativas de varias mujeres (I. C. T., C. B. M., M. Y. S., S. A. S., V. C. H., P. A. L., C. C. F., M. O.), pero ninguna de ellas mencionó los nombres de S. R. T., ni de M. y R. R. (ver fs. 59 a 60, 63 y vta., 67 a 70, y 72 a 76). m) Luego, compareció el Of. principal Jorge Enrique Robledo, quien dijo que procedió a observar las videos cassettes que fueran secuestrados en el domicilio de Luis María Rodríguez, y que catorce de ellas son de filmación "casera". Aclaró que volvió a ver éstas últimas, y en el video n° 1 observó a una mujer mayor de edad bañándose en la piscina en bombacha y sin corpiño, la que posteriormente fue identificada como M. I. C. de G.; en otra toma aparece la menor S. R. T. (en la filmación pareciera tener 10 u 11 años), bañándose en la pileta, con bombacha y sin corpiño; en otra secuencia se la puede ver acompañada por su madre, la que se baña con ropa interior; en otra la misma niña se baña en la bañera con malla entera, pero luego se puede escuchar la voz de su madre que le da indicaciones y la hace desnudar, jugando la niña en el agua con total inocencia. Luego aparece la misma niña T. cambiándose en el dormitorio de Rodríguez, con la madre y luego toca el órgano desnuda. Que en otra aparece la Sra. C. de G. (madre de la T.), manteniendo sexo oral y relaciones con Rodríguez. En el cassette n° 2 aparece la menor T. completamente desnuda y haciendo poses en forma insinuante. En el cassette n° 6 la llamada C. mantiene relaciones con Rodríguez en la cama. En el cassette n° 12, puede observarse, en una de sus escenas, a la menor T., quien se encuentra desnuda en la habitación al igual que Rodríguez, posteriormente se acuestan en la cama, y en otra escena, se observa a la misma menor sentada en la cama en bombacha, luego se acuesta con Rodríguez en la cama, el cual comienza a manosearla y a acariciarla (fs. 78 a 80). n) Posteriormente, en la Fiscalía de Instrucción prestaron declaración testimonial o exposición informativa diversas mujeres (E. A. L., C. E. B., V. M. B., R. G. B., M. Y. S., S. A. S., J. P. G., C. C. F., I. C. T., C. B. M., M. O., P. A. L., V. C. H.), pero ninguna de ellas mencionó a S. R. T., ni a M. y R. R. (fs. 149 a 153 vta., 155

a 157, 158 a 163 vta., 250 a 252, 253 a 256, 265 a 267 vta., 277 a 279, 322 a 324 vta., 357 a 358 vta., 364 a 366, 367 a 370, y 380 a 381). ñ) Además, la Fiscalía de Instrucción receptó nuevamente la exposición informativa de R. R. y M. R., y S. R. T., quienes ratificaron sus anteriores declaraciones, en el sentido de corroborar las incursiones de la menor T. en el domicilio del Sr. Rodríguez, la exhibición de películas pornográficas, y los tocamientos impúdicos a la T. (fs. 282 a 286, y 337 a 340). o) Se realizó una pericia psicológica a la menor T., la cual informó acerca de las lesiones de esa índole por ella padecidas a raíz del abuso sexual del cual habría sido víctima (fs. 401 a 403). p) También se efectuó una pericia sobre las cintas de videos y una video filmadora, secuestrados en autos, brindándose un informe sólo parcial (fs. 446 a 448 vta.). Posteriormente, la Sra. Fiscal de Instrucción resolvió dejar sin efecto el resto de la pericia que faltaba concluir (fs. 464). q) Una vez elevada la causa a juicio, y en el inicio de la audiencia de debate, a pedido de la defensa, el tribunal de mérito resolvió declarar la nulidad del allanamiento efectuado en el domicilio de Rodríguez, con fecha 2 de agosto de 2001, y de los actos que de él dependían: secuestro de los bienes allí referenciados la pericia de audio y video, y fotografías obtenidas con motivo de las mismas (arts. 186 y 190 C.P.P.). Luego, ante un pedido de aclaratoria formulado por el Sr. Fiscal de Cámara, el a quo sostuvo que resultaban válidas las demás fotografías, como así también el acta de inspección ocular, el croquis ilustrativo, los cuales son independientes (ver fs. 578 a 579). r) A continuación, el tribunal de mérito procedió a receptar la declaración de M. I. C. de G., S. R. T., R. R. y M. R., quienes reiteraron su versión de los hechos (fs. 579 a 580, y 612 vta. a 616 vta.). s) El tribunal de mérito atribuyó a Luis María Rodríguez el siguiente hecho (nominado "primer hecho" en la acusación): "En un período de tiempo cuyo inicio no se ha podido establecer con precisión, pero ubicado en el transcurso del año mil novecientos noventa y ocho y que se prolongó en el tiempo hasta el dos de agosto de dos mil uno, Luis María Rodríguez ejecutó en su domicilio de calle Capital Federal 46 de la ciudad de La Falda, Dpto. Punilla de esta provincia, acciones intencionales sucesivas de contenido sexual en un número indeterminado de veces en la persona de la menor S. R. T., que para la fecha de las primeras acciones ejecutadas en su persona contaba con aproximadamente diez años de edad. En el interior de la vivienda y específicamente en el dormitorio de Rodríguez y estando la madre de la menor M. I. C. en la cocina de la vivienda, el imputado procedió a efectuarle tocamientos en zonas pudendas como pechos aún no desarrollados, piernas y vagina y a exhibirle películas pornográficas o de contenido sexual; asimismo en otra oportunidad y en presencia de su madre procedió con una filmadora a filmarla desnuda mientras tocaba el "pianito" u órgano existente en el dormitorio, y mientras se bañaba en el baño de la vivienda y en compañía de su madre que lo hacía sin corpiños en la pileta de natación. Más adelante en el tiempo y cuando S. R. T. contaba con aproximadamente doce años de edad y concurría sola a la vivienda de Rodríguez, éste para ganarse la confianza de la niña le daba de comer "panchos" o "Sandwich" y de beber gaseosas, procediendo en esas ocasiones a exhibirle en el dormitorio de la vivienda películas pornográficas y otras llamadas por el imputado "caseras", donde

éste mantenía relaciones sexuales con distintas mujeres, indicándole a la menor que mirara cómo hacían los de las películas; procediendo en alguna de esas ocasiones mientras miraba películas pornográficas, el imputado a masturbarse en presencia de la niña, recostado en la cama tapado con una sábana o cubrecama, previo a colocarse en los genitales una "cremita" que tomaba de la mesa de luz. En otras ocasiones concurrió S. T. en compañía de las hermanas mellizas de once o doce años de edad, R. R. y M. R., procediendo con idéntica modalidad a invitarlas con "Panchos" y gaseosas, exhibirles películas pornográficas en el dormitorio de la vivienda y en una ocasión que había concurrido R. T. en compañía de M. R., Rodríguez procedió a tocarle zonas pudendas como espalda y pechos, dándole dinero al retirarse como habitualmente hacía, en sumas de dos, cinco o quince pesos. El accionar descripto ejecutado intencionalmente por el imputado, sumado a la reiterada petición de mantener relaciones sexuales que le formulaba a la menor, constituye una conducta idónea por lo prematura con relación a su edad, viciosa, intensiva y anormal, determinada a depravar su conducta y su normal desarrollo sexual" (fs. 616 vta. a 617 vta.). t) En el fallo en crisis, se fundó la existencia material del nominado "primer hecho", y la autoría responsable de Luis María Rodríguez en el mismo, en base a la siguiente prueba: * La descripción de la primera secuencia de hechos, cuando M. I. C. y su hija concurrían al domicilio de Rodríguez, aparece probada por las declaraciones coincidentes de ambas mujeres, y por la versión del acusado Rodríguez, quien ratificó los referidos testimonios (fs. 612 vta. a 613 vta.). * El relato de la segunda secuencia de los hechos, cuando ya S. R. T. concurría sola a casa de Rodríguez, sin su madre, aparece acreditada por los dichos de la menor, tanto en el debate cuanto en sede instructoria, como así también por las declaraciones de las menores M. R., y su hermana R. R. (ésta última, tanto en el debate, cuanto en sede instructoria) (fs. 614 a 615 vta.). * La descripción del lugar del nominado "Hecho primero", es decir, los distintos sectores de la vivienda del imputado, aparecen acreditados por: las fotografías de fs. 31 y ss.; y las declaraciones de M. I. C. y su hija, S. R. T., y R. R., quienes reconocieron las referidas fotografías (fs. 615 vta.). * la existencia en el domicilio del imputado de material pornográfico, esto es, películas o videos de contenido pornográfico, y otros donde éste aparece manteniendo relaciones sexuales con diferentes mujeres y fotografías de mujeres desnudas o semidesnudas, aparece acreditado por las coincidentes versiones aportadas por C. E. B., E. A. L., M. I. C., S. R. T., y las hermanas R., todo lo cual resultó corroborado por la versión aportada por el propio acusado (fs. 615 vta. a 616). A continuación, el tribunal de mérito resaltó que toda la prueba recién mencionada confirma y ratifica el contenido de los dichos de la menor S. R. T., que a su criterio aparecen espontáneos, congruentes y veraces. Esto último está también confirmado por: * la pericia psicológica efectuada sobre dicha menor, obrante a fs. 401/403; y * la pericia psicológica practicada en la persona del acusado Rodríguez (fs. 616 y vta.). 4. A partir de la reseña precedente, cabe sostener las siguientes consideraciones: a. El impugnante acierta en considerar que la prueba en base a la cual se condenó a su cliente con respecto al nominado "primer hecho", de acuerdo a las circunstancias de la presente causa, no habría podido ser obtenida si no

se hubiera realizado el allanamiento en el domicilio de Rodríguez. En efecto, no cabe duda de que la versión traída por la menor S. R. T., y corroborada, en un tramo de los hechos, por los dichos de su propia madre, y en otro tramo, por las declaraciones de las hermanas Roldán, constituyen tres elementos probatorios de indudable dirimencia en cuanto a la acreditación del hecho en el cual resulta víctima la menor T. (ver supra, 3, t). Además, el mentado material probatorio, tal como sucedieron los hechos en la presente causa, reconoce como única fuente la confluencia de cuatro circunstancias, a saber: 1) que la referida menor T. el día dos de agosto de 2001 se hizo presente en el domicilio de Rodríguez, justo cuando estaba siendo allanado por personal policial; 2) que la referida menor resolvió contarle a M. I. C. (su madre) lo sucedido con Rodríguez, cuando aquélla concurrió a retirarla de la dependencia policial; 3) que M. I. C. decidió, voluntariamente, denunciar el delito de acción privada que su hija le relatara en la comisaría; y 4) que la menor T. se decidió a realizar una exposición informativa ante la autoridad sobre los hechos de los que fuera víctima, mencionando como testigos de los mismos a las hermanas R. Cabe reconocer que en la presente causa no existía, al momento del allanamiento en el domicilio de Rodríguez, otra fuente (ni siquiera potencial) a partir de la cual hubiera podido descubrirse el nombre de la menor T., ni el de su madre, ni el de las hermanas R.. Así, ninguna de las restantes testigos se refirieron a las nombradas (ver supra, 3, "a" a "d", "l", y "n"). Y, si bien es cierto que en las videograbaciones surge la imagen de M. I. C., y de la menor T., dicha prueba fue obtenida a partir del allanamiento ilegal en el domicilio de Rodríguez (ver supra, 3, "e", "f", y "m"). Además, cabe resaltar que esta cadena de acontecimientos (esto es, que la menor T. apareció en el domicilio allanado, y la policía la detuvo, llevándola a la dependencia policial para ponerla a disposición de sus progenitores; luego se presentó su madre a fin de retirarla; la menor le relató los hechos en la dependencia policial, su madre resolvió denunciarlos; y la menor T. expuso sobre los mismos, mencionando a las hermanas R.), desaparece si se suprime mentalmente la presencia policial en el domicilio del encartado el día 2 de agosto de 2001. Ello implica admitir que se ha superado el primer juicio de derivación exigido por los arts. 41 de la C.Prov. y 194 del C.P.P.. b. Ahora bien, no cabe duda alguna de que el arribo casual de la menor S. R. T. en el domicilio allanado, el posterior relato que le efectuara a su madre en la dependencia policial cuando vino a retirarla, y la denuncia efectuada por dicha progenitora a raíz de aquel relato de su hija, no son consecuencias "necesarias" del mentado allanamiento nulo (arts. 41 C.Prov.; y 194, ambos a contrario sensu C.P.P.). Ello significa que no se ha sorteado el segundo juicio de derivación exigido por la ley, a fin de arribar a la existencia de un "fruto del árbol venenoso". Así, la primera circunstancia de la causa vinculada al hecho bajo análisis, ni siquiera consistió en el "hallazgo" de la menor en el interior del domicilio allanado, sino simplemente en el arribo al lugar de la misma en forma voluntaria y casual. A mayor abundamiento, las restantes circunstancias (o sea, el relato de la menor a su madre, la posterior denuncia de dicho delito de instancia privada, y la exposición de la menor) también consistieron en actos libres que no guardan conexión necesaria con el allanamiento ya que la menor no estaba obligada a contarle a la madre lo que había

acontecido ni ésta presentar la denuncia. 5. En conclusión: la prueba incriminatoria relativa al hecho nominado primero, si bien es una "consecuencia" del allanamiento al domicilio de Rodríguez, no constituye una "consecuencia necesaria" de dicho acto viciado, ya que pende principalmente de una circunstancia casual (esto es, la llegada de la menor al domicilio de Rodríguez, justo cuando estaba siendo allanado por personal policial). Por ello, los elementos probatorios considerados por el a quo en el fallo de marras no son "frutos del árbol envenenado", carentes de eficacia probatoria, sino que constituyen sólidos y legales sustentos a la condena del acusado. En consecuencia, a la primera cuestión planteada, respondo negativamente. La señora vocal, Dra. María Esther Cafure de Battistelli, dijo: La señora Vocal Dra. Aída Tarditti, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden conforme a derecho la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. A LA SEGUNDA CUESTION: La señora Vocal, doctora Aída Tarditti, dijo: I. El recurrente, bajo el amparo del motivo sustancial de casación (art. 468 inc. 1ro. C.P.P.), se agravia de la sentencia de marras, por entender que, con relación al hecho nominado primero por el cual fuera condenado su cliente, no ha aplicado la escala penal que se encontraba vigente al tiempo de comisión delictiva, inobservando así el art. 2do. del C.P. (ley penal más benigna). Concreta su planteo, sosteniendo que el tribunal de mérito le atribuyó a su cliente un delito continuado, cuyo inicio no se ha podido establecer con precisión, pero ubicado en el transcurso del año mil novecientos noventa y ocho, y que se prolongó en el tiempo hasta el dos de agosto de dos mil uno. A su vez, el delito aquí tenido por acreditado encuadra en el tipo del art. 125, 2do. párr., del C.P. (promoción a la corrupción de menores agravada). Repara en que los hechos del comienzo delictivo que ejecutó Rodríguez conforman e integran la unidad delictiva que se prolongó con los hechos ulteriores; y éstos no son más que la secuela de una misma conducta delictiva (cita a Ricardo C. Núñez en este punto). Por ello, entiende que la ley aplicable a su defendido era la que estaba vigente cuando dieron comienzo los actos de corrupción. Concretamente, a fines de 1998 aún regía la ley 23.487 que establecía para este mismo hecho (corrupción agravada art. 125, inc. 1ro., C.P.) la pena de reclusión o prisión de cuatro a quince años, si la víctima fuera menor de doce años. Por lo anterior, el recurrente entiende que el tribunal de mérito ha aplicado erróneamente a la conducta de Rodríguez los efectos punitivos de la ley más severa (Ley 25.087), vigente a partir del 14 de mayo de 1999, la cual establece para el delito en cuestión un mínimo de seis años de prisión, cuando debió haber aplicado la ley más benigna derogada, "...cuyos efectos de ultractividad se operan de pleno derecho, porque el delito fue continuado y nació en su faz ejecutiva bajo el imperio de la ley cuya aplicación se propicia" (fs. 627). Cita, al respecto, doctrina que avala su postura (Núñez, De la Rúa). Justifica su petición, en que, dado que se trata de un delito continuado, la culpabilidad del autor existió en el inicio del delito, momento éste en el cual regía la ley más benigna, la cual establecía un mínimo de cuatro años de prisión, sustancialmente inferior que el

utilizado por el a quo para imponer la sanción a Rodríguez. Sostiene que la nulidad del fallo (a tenor de los arts. 185 inc. 3ro. y 186, 2do. párr., C.P.P.), se funda en la afectación de la garantía de legalidad (art. 18 C.Nac.), al haberse aplicado una ley más gravosa ex post facto. Concluye su planteo, solicitando a este Tribunal que resuelva la cuestión conforme las consideraciones precedentes (art. 479 inc. 1ro. C.P.P.), anulando parcialmente el referido aspecto de la sentencia, y rectificando la pena de acuerdo a la escala penal prevista por la ley más benigna, vigente al tiempo del ilícito. Alega que "...si al imputado se le impuso la mínima de pena para la corrupción agravada con la incorrecta aplicación de la ley más severa, por impero de la aplicación de la ley más favorable, se propicia también el mínimo de pena contemplado en dicha ley, por ello es que se aspira a una pena de cuatro años la que deberá ser concursada con el delito de suministro de material pornográfico, determinándose en la única de cuatro años y seis meses de prisión" (fs. 628). Por último, para el caso de que el presente recurso fuere desestimado por este Tribunal, con relación a cualquiera de sus agravios, el impugnante formula expresa reserva del caso federal, puesto que se habría convalidado una sentencia arbitraria, vulneratoria de los derechos del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 C.Nac. y art. 14 L. 48)(ver fs. 625 a 628, y 632 vta.).

II.1. Al dar respuesta a la anterior cuestión, ha sido transcripto el nominado "hecho primero", atribuido a Luis María Rodríguez. A ello me remito en honor a la brevedad (ver supra, 1ra. cuestión, III, 3, "s"). A su vez, cabe consignar que el a quo, al dar respuesta a la segunda cuestión, sostuvo que Rodríguez actuó en ocasión de las sucesivas acciones que integran el hecho que el Tribunal ha tenido como probado, con la intención y libre voluntad dirigidas a pervertir, a torcer el normal desarrollo sexual de la menor de trece años de edad, S. R. T.; y que actuó con el objetivo de satisfacer deseos propios (ver fs. 619). 2. En el mentado acápite del fallo, se declaró a Luis María Rodríguez autor responsable de los delitos de Promoción a la Corrupción de Menores agravado y Suministro de Material Pornográfico a Menores de catorce años, en concurso ideal (arts. 45, 54, 125 2do. párr., según ley 11.179, y 128 últ. párr. C.P.). El a quo fundó dicha calificación legal en que las acciones bajo examen, dada su modalidad delictiva, tienen sin duda entidad corruptora, porque resultan precoces, excesivas y anormales, atento la corta edad (de diez u once años) en que comenzó a actuar sobre el cuerpo y la psiquis de la menor, hasta pasados los trece años, en acciones sucesivas y reiteradas; sobre el cuerpo, con tocamientos en zonas pudendas como pechos, piernas y vagina; y sobre el intelecto de la menor, con enseñanzas mediante la explicación de "cómo hacían entre un hombre y una mujer", al decir de la niña, exposición al contenido del material pornográfico que le proveía mediante el video o la televisión, y enseñanzas de prácticas anormales por lo precoces, como masturbarse en presencia de ella, mientras observaba películas pornográficas de edición comercial y películas donde el imputado Rodríguez aparecía manteniendo relaciones sexuales con diferentes mujeres. Agregó que el accionar del imputado sobre la menor fue reiterado y progresivo, comenzando cuando ésta concurría a su domicilio en compañía de su madre, quien mantenía para esa fecha una relación íntima con el imputado; prolongándose luego de la ruptura de esa relación ya que la niña concurría a

la vivienda del imputado debido a la desatención que seguramente le dispensaba su madre, de humilde condición social y atraída por las dádivas de alimentos, gaseosas y dinero que le efectuaba el imputado, con el directo objetivo de corromper el normal desarrollo sexual de la menor para satisfacer oscuros e íntimos deseos propios. Sostuvo que el accionar del imputado encuadra en el segundo párrafo del art. 125 del C.P. (según ley 11.179), porque acreditado está que las acciones comienzan cuando S. R. tenía una edad cronológica de diez u once años, concluyendo el día dos de agosto de dos mil uno, en momentos en que la niña, como era habitual, concurrió por última vez a la vivienda del imputado (ver fs. 619 a 620). III. A partir de lo precedentemente reseñado, se advierte que, a fin de dar adecuada respuesta a la cuestión que nos ocupa, deberán resolverse dos problemas en forma sucesiva, a saber: si el hecho transcrito en el punto anterior constituye o no un delito continuado, dado que el tribunal de mérito no se ha expedido en forma expresa al respecto. En segundo término, deberá establecerse si el art. 2do. del C.P. resulta o no aplicable frente a la sucesión de leyes de diferente gravedad durante el periodo de comisión de un delito continuado. A ello nos avocamos a continuación. 1. ¿Constituye un delito continuado el obrar atribuido al acusado?. a. En relación a las exigencias para que se configure el "delito continuado", esta Sala, en pronunciamientos recientes, ha expresado que la tesis mixta es la interpretación dominante (T.S.J., Sala Penal, "Pompas", S. 25, 25/3/2000 y S. 33, 11/5/2000, en las que se hace alusión a los precedentes "Camargo", S. N° 15, 18/6/62; "Pagella", S. N° 17, 26/7/62; "Márquez", S. N° 57, 21/11/67; "Bianco", S. N° 78, 6/12/78; "Corzo", S. N° 18, 22/5/70; "Cáceres", S. N° 98, 3/9/75; "Ponce de Leon", S. N° 10, 1/11/82), "Miño"; S. N° 7, 27/2/91, entre otros). Tal inteligencia requiere que la dependencia entre los plurales hechos para calificarlos como delito continuado cumpla con las siguientes exigencias: * la homogeneidad material, lo que significa identidad de encuadre legal sin mutaciones esenciales en la modalidad concreta comisiva, * la conexión entre los hechos (que se presentan como partes fraccionadas de la ejecución de un único delito); y * la unidad subjetiva, expresada en general a través de la exigencia de la unidad de designio o resolución criminal, incompatible con la resolución plural. b. En el caso bajo estudio, tomando en consideración la plataforma fáctica que estimó acreditada el tribunal (ver supra, 1ra. cuestión, III, 3, "s"), se advierte que le asiste razón al recurrente. En efecto, se trata de plurales hechos cometidos en forma reiterada, sucesiva, y al decir del a quo, lo fue en "un número indeterminado de veces" (fs. 617). Además, los referidos hechos son materialmente homogéneos, ya que consistieron en conductas sexuales llevadas a cabo en el domicilio de Luis María Rodríguez, sobre el cuerpo y la psiquis de la menor S. R. T., que resultan prematuras, excesivas y anormales, con relación con la edad de la menor T. (quien tenía al comienzo de esta modalidad delictiva entre diez y once años, y al finalizar la misma, trece años). Concretamente, el tribunal de mérito tuvo por acreditado que el acusado Luis María Rodríguez en algunas ocasiones procedió a efectuarle a dicha menor S. R. T. tocamientos en zonas pudendas (piernas, pechos, espalda, y vagina); en otras, a exhibirle películas pornográficas (a veces, en dichas películas se observaba al acusado mientras mantenía relaciones sexuales con distintas

mujeres, y él le indicaba a aquella que mirara cómo hacían los de la película, y en algunas ocasiones se masturbaba delante de la menor); en otras, a filmarla desnuda (mientras tocaba el "pianito" que estaba en el dormitorio, o mientras se bañaba en el baño de la casa, o en la pileta de natación). A lo anterior, se suma la reiterada petición de mantener relaciones sexuales. También cabe destacar, como circunstancias habitualmente ejecutadas por el encartado, y que atraían a la menor, la entrega de dinero (\$2, \$5 o \$15) cuando ella se retiraba del domicilio del encartado, y la invitación a comer "panchos" o "sandwichs" con gaseosas, mientras le exhibía las películas pornográficas. Asimismo, en lo que aquí interesa, las distintas conductas arriba consignadas resultan violatorios de una misma figura penal principal, puesto que no presentan modificaciones sustanciales en su modalidad comisiva (art. 125 2do. párr. C.P., según ley 11.179, a ver del a quo). Por último, el reiterado y progresivo obrar de Rodríguez siempre estuvo encaminado a un mismo designio criminoso: depravar o pervertir el normal desarrollo sexual de la menor de trece años de edad, S. R. T., para satisfacer, de este modo, oscuros e íntimos deseos propios. Por las razones anteriores, cabe sostener que el hecho bajo examen atribuido a Luis María Rodríguez constituye un delito continuado. 2. ¿Resulta aplicable el art. 2do. del C.P. al delito continuado? a. El interrogante planteado en el título que antecede se justifica en el caso de autos, porque, con relación al art. 125 del C.P. (una de las figuras bajo las cuales el a quo subsumió el hecho atribuido al encartado), existió una sucesión de leyes penales durante el lapso comprendido entre el comienzo de la maniobra delictiva (esto es, durante el año 1998), y su finalización (el 2 de agosto de 2001). En efecto, durante el año 1998, el art. 125 del C.P., según la ley 11.179, en lo que aquí importa establecía lo siguiente: "El que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviere o facilitare la prostitución o corrupción de menores de edad, sin distinción de sexo, aunque mediare el consentimiento de la víctima, será castigado... (inc. 2do.) con reclusión o prisión de cuatro a quince años, si la víctima fuera menor de doce años" (lo resaltado es nuestro). En cambio, el día 2/8/2001 regía el art. 125 del C.P., según ley 25.087 (B.O. 14/5/1999), que reza lo siguiente: "El que promoviere o facilitare la corrupción de menores de dieciocho años, aunque mediare el consentimiento de la víctima, será reprimido con reclusión o prisión de...(párr. 2do.) seis a quince años...cuando la víctima fuera menor de trece años" (el resaltado es nuestro). Esta disposición legal fue la aplicada por el a quo en la presente causa. Es más: a partir de lo recién consignado, se advierte que resulta más benigna la ley vigente en el año 1998 que la que regía el día dos de agosto de 2001, aplicada en estos autos. Ello así, porque la primera contenía un elemento subjetivo, ausente en la actualmente vigente, a saber: el ánimo de lucro o de satisfacer deseos propios o ajenos; además, establecía una escala penal más leve en cuanto a su mínimo (cuatro años de prisión o reclusión, en lugar de los actuales seis años de prisión o reclusión). b. Ahora bien, la sucesión de leyes en el curso de la ejecución de los hechos dependientes, que conforman un delito continuado, da lugar a la aplicación de la ley más benigna, pues los límites temporales del art. 2 del C.P. se inician en el tiempo de comisión, no de consumación. Ello significa que debe haber por lo menos un comienzo de ejecución, y

que ese es el término a quo a considerar a los efectos de comparar leyes sucesivas, y así descubrir cuál de ellas es la más benigna (Cfr. De la Rúa, Jorge, op. cit., p. 74, pr. 79. En el mismo sentido, entre otros, Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de Derecho Penal, Losada, Buenos Aires, 1977, T. II, p. 550, pr. 717; Núñez, Ricardo C., "Derecho Penal argentino", Omeba, Buenos Aires, 1964, T. I, p. 133; Lascano, Carlos y otros, "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", Advocatus, Córdoba, 2000, T. I, p. 193). Entonces, de acuerdo a la doctrina recién consignada, cabe concluir que el tribunal de mérito ha inobservado lo dispuesto por el art. 2do. del C.P., porque frente a leyes penales sucesivas desde el comienzo de comisión del delito atribuido al encartado Rodríguez, ha optado por aplicarle la ley más gravosa (esto es, el art. 125 C.P., según ley 25.087), en lugar de la más benigna (o sea, el art. 125 C.P., según ley 11.179). Por último, cabe aclarar que el referido delito fue concursado idealmente con el de suministro de material pornográfico a menores de catorce años (arts. 54 y 128 últ. párr. C.P.). Sin embargo, esta última figura prevé una pena más leve en cuanto a su máximo y su mínimo (esto es, de uno a tres años de prisión), en comparación con la establecida por el art. 125 inc. 2do. del C.P. (según ley 11.179). Por ello, dicho tipo penal no incide en modo alguno en cuanto a la conformación de la escala penal considerada por el tribunal de mérito, ya que, frente a un concurso ideal de delitos, a fin de establecer la escala penal aplicable, cabe considerar la pena más grave, esto es, en el caso la prevista por el art. 125 inc. 2do. del C.P., según ley 11.179. Por las razones anteriores, a la presente cuestión respondo afirmativamente. La señora vocal, Dra. María Esther Cafure de Battistelli, dijo: La señora Vocal Dra. Aída Tarditti, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden conforme a derecho la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. A LA TERCERA CUESTION: La Señora Vocal, doctora Aída Tarditti, dijo: I. Debido al resultado de la votación que antecede, corresponde rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del acusado Luis María Rodríguez, en cuanto a la primera cuestión planteada (arts. 18, 40 y 41 C.Prov.; y 190, 194 a contrario..., y 413 inc. 3ro. a contrario... C.P.P.). II. A su vez, cabe acoger el recurso de casación deducido por la defensa de Luis María Rodríguez, en cuanto a la segunda cuestión planteada. En consecuencia, corresponde: 1. Casar parcialmente la sentencia número seis, de fecha veintiocho de febrero de dos mil tres, dictada por la Cámara Criminal y Correccional de la ciudad de Cruz del Eje (Provincia de Córdoba), en cuanto resolvió declarar a Luis María Rodríguez autor responsable de los delitos de Promoción a la Corrupción de menores agravado y suministro de material pornográfico a menores de catorce años en concurso ideal (arts. 45, 125 2do. párr. según ley 25.087, 128 últ. párr., y 54 C.P.), y aplicarle para su tratamiento la pena de seis años y seis meses de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40, 41, 29 inc. 3ro. C.P.; y arts. 550 y 551 C.P.P.)(el resaltado es nuestro). 2. En su lugar, corresponde declarar a Luis María Rodríguez autor responsable de los delitos de Promoción a la Corrupción de menores agravado y suministro de material pornográfico a menores de catorce años en concurso



ideal (arts. 45, 125 inc. 2do. según ley 11.179, 128 últ. párr., y 54 C.P.). Con respecto a la pena a imponer, cabe efectuar las siguientes consideraciones: La escala a tener en cuenta será la de la pena mayor, o sea, en nuestro caso, la del art. 125 inc. 2do. del C.P., esto es, de cuatro a quince años de prisión o reclusión (art. 54 C.P.). En cuanto a las circunstancias individualizadoras de la pena, en su contra, cuentan las siguientes: * las condiciones personales del imputado, especialmente, su edad (un hombre ya maduro), su instrucción terciaria, su buena condición social y económica, circunstancia ésta utilizada como medio para ejecutar su accionar frente a una víctima de humilde condición económica y; * la extensión del daño producido en la psiquis de la menor, cuya gravedad está claramente detallada en la pericia psicológica de fs. 401. * la persistencia delictiva, toda vez que los actos corruptores se prolongaron durante un período de tres años. Como circunstancia atenuante, sólo tendré en cuenta al igual que el tribunal de mérito su carencia de antecedentes penales. En atención a las circunstancias recién mencionadas, considero adecuado dado la multiplicidad y mayor gravitación de las circunstancias agravantes, imponerle la pena de seis años y cuatro meses de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40, 41, 29 inc. 3ro. C.P.; y 550 y 551 C.P.P.). III. Sin las costas de esta Sede, atento al éxito aquí obtenido (art. 550 y 551 C.P.P.). Así voto. La señora vocal, Dra. María Esther Cafure de Battistelli, dijo: La señora Vocal Dra. Aída Tarditti, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden conforme a derecho la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. El señor Vocal doctor Luis Enrique Rubio, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal, RESUELVE: I) Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa del acusado Luis María Rodríguez, en cuanto a la primera cuestión planteada (arts. 18, 40 y 41 C.Prov.; y 190, 194 a contrario..., y 413 inc. 3ro. a contrario... C.P.P.). II) Acoger el recurso de casación deducido por la defensa de Luis María Rodríguez, en cuanto a la segunda cuestión planteada. En consecuencia: 1. Casar parcialmente la sentencia número seis, de fecha veintiocho de febrero de dos mil tres, dictada por la Cámara Criminal y Correccional de la ciudad de Cruz del Eje (Provincia de Córdoba), en cuanto resolvió declarar a Luis María Rodríguez autor responsable de los delitos de Promoción a la Corrupción de menores agravado y suministro de material pornográfico a menores de catorce años en concurso ideal (arts. 45, 125 2do. párr. según ley 25.087, 128 últ. párr., y 54 C.P.), y aplicarle para su tratamiento la pena de seis años y seis meses de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40, 41, 29 inc. 3ro. C.P.; y arts. 550 y 551 C.P.P.) (el resaltado es nuestro). 2. En su lugar, declarar a Luis María Rodríguez autor responsable de los delitos de Promoción a la Corrupción de menores agravado y suministro de material pornográfico a menores de catorce años en concurso ideal (arts. 45, 125 inc. 2do. según ley 11.179, 128 últ. párr., y 54 C.P.), imponiéndole la pena de seis años y cuatro meses de prisión, con adicionales de ley y costas (arts. 9, 12, 40, 41, 29 inc. 3ro. C.P.; y arts. 550 y 551 C.P.P.). III. Sin las costas de esta Sede, atento al éxito aquí obtenido (art. 550 y 551 C.P.P.)



T.S.J. Sala Penal Cba. Sent. N° 321 del 15/12/2009, Trib. de origen: Cám. 2ª Criminal Río Cuarto, «Racedo, Enzo Javier p.s.a. Robo calificado por el uso de arma de fuego, etc. -Recurso de casación».

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es nula la sentencia por fundarse en prueba ilegal?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué solución corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Por sentencia número sesenta y tres, del diecinueve de junio de dos mil siete, la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de la ciudad de Río Cuarto (Provincia de Córdoba), constituida en Sala Unipersonal, en lo que aquí concierne, resolvió «I) No hacer lugar a la nulidad del reconocimiento en rueda de personas de Nora Stella Molina de Narvaja Luque solicitada por la defensa. II) Declarar a Enzo Javier Racedo [...] autor material y jurídicamente responsable del delito de robo calificado por uso de arma (arts. 166 inc. 2º del C. Penal anterior a la reforma de la Ley 25.882), e imponerle la pena de seis años de prisión, accesorias de ley y las costas (arts. 5, 9, 12, 29 inc. 3º, 40 y 41 y cc. del. C. Penal, y arts. 412, 415, 550, 551 y cc. C.P.P.)» (fs. 374/386). II. Contra dicha resolución recurre en casación el Sr. Asesor Letrado, Dr. Gerardo M. Mastrángelo, en su carácter de abogado defensor del imputado Enzo Javier Racedo, quien -al amparo de ambos incisos del art. 468 del Código Procesal Penal- solicita la nulidad de la sentencia, conforme lo establecido por los arts. 142, 184, y 413 inc. 4º del Código Procesal Penal, y los artículos 18 de la Constitución Nacional, y 41 y 55 de la Constitución Provincial. Concretamente, cuestiona la validez del procedimiento de reconocimiento fotográfico (fs. 157/158), pues no se notificó de ese acto al Asesor Letrado. Destaca que la participación del imputado se basa en el reconocimiento en rueda de personas efectuado por los testigos Nora Stella Molina y María Cecilia Narvaja Luque (fs. 157 y 158), los cuales indicarían a Racedo como uno de los autores del hecho. Aclara, sin embargo, que el único reconocimiento «positivo» es el de la primera de las mujeres, aunque ella acotó que le enseñaron previamente fotografías. El segundo reconocimiento, si bien no es un «alternativo puro», es relativo, porque María Cecilia Narvaja Luque reconoce además de Racedo a Norberto Gómez, que no estaba imputado en la causa, y por ende carece totalmente de valor probatorio. Agrega que a Nora Stella Molina le enseñaron antes de este acto fotografías en la policía, lo cual invalida el procedimiento de reconocimiento en rueda de personas realizado por ella, por no haberse notificado al defensor del imputado. El recurrente expone que el art. 118, 5º párrafo del C.P.P. es muy claro «Si el imputado no estuviera individualizado o fuere imposible lograr su comparendo, se designará al Asesor letrado como su defensor al solo efecto de los arts. 308 y 309». Considera que la referida manda legal establece el derecho del defensor de asistir a todos los actos

tendientes a esclarecer los hechos, bajo pena de nulidad (art. 309), salvo los de suma urgencia y los de inspección corporal o mental (art. 198). En ese contexto, se pregunta «¿Cómo puede saber el Tribunal Sentenciante que los testigos que identificaron a mi defendido lo hicieron observando nueve álbumes y más de mil fotografías si no estaba presente el Sr. Asesor Letrado para controlar el acto?». Cita doctrina que, entiende, abona su posición El impugnante asevera que se han cometido dos groseros errores, el primero, es haber permitido que los testigos «identificaran» al imputado a través de fotografías, sin el control de tal acto por parte del Sr. Asesor Letrado como dispone la ley procesal. En tanto que el segundo consistió en haberse concretado el reconocimiento en rueda de personas, con posterioridad a aquel señalamiento, por ser éste fruto envenenado de aquél medio de prueba. Postula entonces, que el Tribunal se queda absolutamente huérfano de toda prueba y con una sola posibilidad de resolución: absolver al imputado. Por todo ello solicita, se declare la nulidad del reconocimiento en rueda de personas y se absuelva al imputado, haciendo formal reserva de recurso extraordinario (arts. 14 y 15 de la ley 48). III. En primer lugar, es preciso aclarar que si bien el impugnante invoca ambos motivos de casación, los argumentos desarrollados en el escrito casatorio, dirigen el reproche a cuestionar la valoración de los elementos probatorios que el Sentenciante ha formulado, por lo que el análisis debe reencauzarse en el motivo formal previsto por el inciso segundo del art. 468 del C.P.P. Ello es así pues, es conveniente no caer en un exceso formal, si a través del pronunciamiento de este Tribunal se pretende contribuir con el afianzamiento de la justicia en relación al caso sometido a estudio (T.S.J., Sala Penal, S. Nº 10 del 29/4/85, «Pérez Molina»; S. Nº 61, 31/10/97, «Guizzoni»; A. Nº 287, 14/9/00, «Brussa»; A. Nº 285, 5/9/02, «Corazza»; S. Nº 113, 20/05/2008, «Petit de Meurville», entre otros). 1. El reproche central planteado por la defensa consiste en que a una testigo se le exhibieron álbumes con fotografías, sin haber notificado al Asesor letrado (art. 188 -5to. párrafo, a contrario sensu, y 309 Código Procesal Penal), y, luego de que fuera aprehendido su asistido, se concretaron los reconocimientos en rueda de personas, por lo cual este segundo acto procesal, al ser un «fruto del árbol envenenado», también resulta nulo. Tratándose de prueba decisiva, corresponde -a juicio del impetrante absolver a su asistido. Sobre el particular, adelanto mi opinión en cuanto a que, aún cuando se admitiera que el recorrido fotográfico se efectuó vulnerando garantías procesales de base constitucional, concretamente el requisito relativo a la notificación del acto al abogado defensor del imputado, no resulta de recibo la petición del impugnante. 1.a. Este Tribunal ha señalado reiteradamente que hoy en día resulta indiscutido que el fin inmediato del proceso penal, es la consecución de la verdad objetiva (Vélez Mariconde, Alfredo, Derecho Procesal Penal, t. II, ps. 124/125; Clariá Olmedo, Jorge A., Tratado de Derecho Procesal Penal, t. I. 436/437; Torres Bas, Raúl E., El Procedimiento Penal Argentino, t. I, p. ed. Lerner, Cba. 1986; Ayán, Manuel N., La Actividad Probatoria en el Proceso Penal, Cuadernos de Institutos de Derecho Procesal de la U.N.C., Nº 7, año 1967, p. 169; Cafferata Nores, José I., Introducción al Derecho Procesal Penal, p. 40, ed. Lerner, Cba. 1994; de La Rúa, Fernando, La Instrucción Suplementaria; Maier, Julio B., Derecho Procesal

Penal, t. I -Fundamentos- p. 852, 2da. edición, Ed. Editores del Puerto, 1996, Bs. As.; Schmidt, Eberhard, Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal, p. 202, trad. por José M. Núñez, ed. E.B.A., Bs. As. 1957; Manzini, Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, t. I, p. 259 y ss. Ed. E.J.E.A., Bs. As. 1951; Leone, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, t. I. p. 187/188 Ed. E.J.E.A., Bs. As., 1963) (T.S.J., Sala penal, «Sánchez», S. N° 45, del 8/6/2000; «Peñalba», S. N° 52, 19/6/2002; «Rodríguez», S. N° 6, 12/3/2004). Sin embargo, también se ha puntualizado que la verdad objetiva exige como presupuesto la legalidad de las pruebas obtenidas para alcanzarla, por lo que está prohibida la valoración -en contra del imputado-, no sólo del elemento de prueba que ha sido obtenido con vulneración de las garantías constitucionales que a su favor se han estatuido, sino también la prueba que es consecuencia de aquél, puesto que admitir a éstas como válidas significaría desnaturalizar la garantía lesionada al punto tal de legalizar el fruto de su violación (Maier, Julio B., op. cit., p. 695 y ss.; Cafferata Nores, José I., «Los Frutos del Árbol Envenenado», en Doctrina Penal, p. 491, Ed. Depalma, 1986; y en La prueba en el Proceso Penal, p. 18/19, Ed. Depalma, Bs. As. 1998; Carrió, Alejandro, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, p. 238 y ss., 4ta. edición, Ed. Hammurabi, 2000, Bs. As.; Edwards, Carlos, La Prueba Ilegal en el Proceso Penal, p. 89 y ss., Ed. Lerner, 2000, Córdoba) (T.S.J., Sala Penal, «Rodríguez», S. N° 6, 12/3/04). Para despejar cualquier hesitación acerca de ello, la Constitución Provincial en el art. 41, in fine, declara que «...Los actos que vulneren garantías reconocidas por esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella...» (el destacado es nuestro). En términos similares se expide el actual art. 194 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Y en igual sentido se ha pronunciado sobre el tema el máximo Tribunal de la Nación en «Rayford» (Fallos 308:733, S. del 13/5/1986), citando la doctrina de resoluciones anteriores («Montenegro», S. del 10/12/1981, Fallos 303:1938; «Ruiz», S. del 17/9/87, Fallos 310:1847; «Francomano» S. del 19/11/87, Fallos 310:2384; «Daray», S. del 22/12/94, Fallos 317:1985). 1.b. En lo que aquí interesa, cabe destacar -entonces- que, según la doctrina denominada de los «frutos del árbol envenenado», la ineficacia probatoria de los actos vulneratorios de garantías constitucionales se extiende a aquellas pruebas derivadas (es decir, a los «frutos») de aquél acto. En este orden de ideas, a partir de la redacción de las disposiciones legales arribacitadas (art. 41 de la Constitución Provincial y 194 del Código Procesal Penal), se infiere que, para determinar si se está en presencia de un «fruto» del «árbol envenenado» y por ende, si se presenta la referida relación de dependencia material, será necesario recurrir a un doble juicio de derivación. En primer término, el iudicante deberá consultar las circunstancias del caso, a fin de determinar si suprimido mentalmente el acto viciado, desaparece la prueba en cuestión (Cfr. T.S.J., Sala Penal, «Suárez y otro», S. N° 19, 30/10/1989), y, en segundo lugar, deberá indagar las circunstancias del caso concreto a la luz de las reglas de la experiencia a fin de establecer si la prueba en cuestión constituye una consecuencia

materialmente necesaria de dicho acto ilícito, y no de una consecuencia meramente casual, contingente(T.S.J., Sala Penal, «Rodríguez», S. N° 6, 12/3/04).De modo que sólo serán «frutos» del «árbol venenoso», aquellas pruebas que tengan como única fuente, el acto violatorio de garantías constitucionales, y que –además materialmente sean consecuencias necesarias (y no meramente casuales) de dicho acto ilícito (T.S.J., Sala Penal, «Rodríguez», S. N° 6, 12/3/04).1.c. A la luz de lo expresado, resulta claro que los reconocimientos en rueda de personas llevado a cabo por las testigos Nora Stella Molina de Narvaja (fs. 157) y María Cecilia Narvaja Luque (fs. 158) cuya nulidad se solicita, no superan el primer juicio de derivación, pues evidentemente no constituyen consecuencias materiales del recorrido fotográfico realizado con anterioridad por la primera de las nombradas; en otras palabras, no son «frutos» del acto presuntamente viciado.Es que, tal como surge de autos, el imputado Enzo Javier Racedo fue vinculado al hecho a partir de la declaración de uno de los damnificados, Leandro Ramón Narvaja Luque, quien compareció espontáneamente ante la autoridad policial requiriendo que se investigue a varios individuos que estaban siendo juzgados en los tribunales locales, entre los cuales se encontraba el acusado, pues según habían informado los medios de prensa, las características del hecho que se les atribuía y la forma en que operaban eran similares a las del ilícito que le tocó padecer (fs. 134). Tal fue la génesis de los reconocimientos en rueda de personas (conforme surge del decreto fiscal que los ordena, obrante a fs. 144), y no, como supone el recurrente, el recorrido fotográfico cuya validez cuestiona el impugnante. En conclusión, tales elementos probatorios no son «consecuencias» del acto que se denuncia viciado y -por tanto- transitan incólumes la crítica formulada en contra de aquél. 1.d. Por otra parte, la testigo Nora Stella Molina expresó que en el álbum que le exhibieron en la policía no estaba la fotografía del imputado (fs. 379), razón por la cual -sea que efectivamente no estuviera, o bien que, encontrándose entre ellas, no fuera identificado Racedo- tampoco se produjo la superposición de imágenes que restaría valor a los posteriores reconocimientos en rueda de personas.1.e. Solo agregaré, a efectos de brindar una acabada respuesta al agravio expuesto, que el «muestreo» o «recorrido» fotográfico es una medida inicial de investigación que puede practicar la Policía Judicial, mediante la exhibición de fotografías de sus archivos a las víctimas o testigos de los hechos, con el propósito de individualizar a los posibles culpables, que no estén presentes ni puedan ser habidos (T.S.J., Sala Penal, «Arrascaeta» S. N° 6, 18/3/84), que -a diferencia del reconocimiento fotográfico (art. 254 del C.P.P.) como del practicado en rueda de personas- no constituye un acto definitivo e irreproducible cuya realización deba efectuarse bajo las condiciones previstas en los artículos 308 y 309 del C.P.P.2. Tampoco asiste razón al recurrente en cuanto afirma que el reconocimiento practicado por María Cecilia Narvaja Luque (fs. 158) carece totalmente de valor probatorio dado que la testigo identificó positivamente, además del acusado, a otra persona que no estaba imputada en la causa. Dicha circunstancia, puede disminuir la entidad convictiva del reconocimiento pero no impide su valoración positiva en tanto el resto de la prueba así lo autorice. Así lo hizo el a quo, señalando -al valorar dicha probanza- que no demerita absolutamente su credibilidad el hecho de que la testigo haya



señalado conjuntamente a las personas ubicadas en el puesto 2° y 6° pues «no se trató de un reconocimiento ‘alternativo’, de valor -este sí- casi nulo, en cambio el agregado del reconocimiento de otro partícipe - equivocadamente- en un hecho con pluralidad de intervinientes, cuanto más, relativiza en su valor probatorio respecto de Racedo. En otro términos: el señalamiento de Racedo por parte [de la testigo] en un contexto donde también señala a otra persona de la rueda erróneamente tiene, por lo menos valor indiciario corroborante del reconocimiento categórico que hizo su madre, Nora Stella Molina» (fs. 383/383 vta.). Por todo lo expresado, a la primera cuestión planteada, respondo negativamente. Así voto. **La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:** La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. **La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:** Estimo correcta la solución que da la señora María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma. **A LA SEGUNDA CUESTIÓN: La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:** Atento al resultado de la votación que antecede corresponde, rechazar el recurso de casación deducido en autos por la defensa de Enzo Javier Racedo (arts. 18 C.Nac.; 155 C.Prov. y 142, y 408 inc. 2do. C.P.P.). Con costas (arts. 550 y 551 íbidem) Así voto. **La Sra. Vocal Dra. Aída Tarditti, dijo:** La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido. **La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:** Estimo correcta la solución que da la señora María Esther Cafure de Battistelli, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma. En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal; **RESUELVE:** Rechazar el recurso de casación deducido en autos por la defensa de Enzo Javier Racedo (arts. 18 C.Nac.; 155 C.Prov. y 142, y 408 inc. 2do. C.P.P.). Con costas (arts. 550 y 551 íbidem). Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Fdo.: CAFURE DE BATTISTELLI - TARDITTI - BLANC G. de ARABEL



VI. BIBLIOGRAFIA.

Doctrina

- CABANELLAS DE TORRES, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental. Actualizado corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas.* Buenos Aires; Heliasta.
- BERNADETTE MINVIELLE, (1987). *Opúsculos de Derecho penal y Criminología*
- . *La prueba Ilícita en el Derecho Procesal Penal.* Córdoba: Marcos Lerner.
- CAFFERATA NORES, MONTERO, VELEZ. FERRER. NOVILLO CORBALAN, BALCARCE, HAIRABEDIAN, FRASCAROLI, AROCENA. (2003). *Manual de Derecho Procesal Penal -.Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba.* Córdoba: Sima
- CAFFERATA NORES, JOSE I (2003). *La Prueba en el Proceso Penal.* Buenos Aires: LexisNexis.
- CAFFERATA NORES, JOSE I (1994). *Introducción al Derecho Procesal Penal.* Córdoba: Lerner



- CARRIO, ALEJANDRO D. (1994). *Garantías Constitucionales en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Hammurabi
- CLARIA OLMEDO, J. (1998). *Derecho Procesal Penal Actualizado* por Carlos Alberto Chiara Diaz, Tomo I-II-. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni
- DESIMONI LUIS M. Y TARANTINI SANTIAGO R. (1996) *Las Nulidades en el Proceso Penal*. Capital Federal: Editorial Policial.
- DEVIS ECHANDIA H.(1984). *Compendio de pruebas Judiciales*. Santa Fe: Rubinzal y Culsoni.
- EDWARDS E. CARLOS. (2000). *La prueba Ilegal en el Proceso Penal*. Córdoba: Marcos Lerner.
- HAIRABEDIAN M. Y GORGAS M.D.L.M (2004). *Cuestiones prácticas sobre la investigación penal*. Córdoba: Mediterránea.
- HAIRABEDIAN M. (2002). *Novedades sobre la Prueba Judiciall*. Córdoba: Mediterránea.
- HERNANDEZ SAMPIERI, FERNANDEZ COLLADO Y BAPTISTA (1991) *Metodología de la Investigación*. México D.F: Mcgraw-Hill
- JAUCHEN, EDUARDO M. (2006). *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni..
- PALACIO, LINO E. (2000). *La prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- PEREZ, SERRANO (2007), *Desafíos de la Investigación Cualitativa*. Chile: Catedrática de Pedagogía Social. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
- VELEZ MARICONDE, (1986) *Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Lerner.
- YUNI, JOSE - URBANO, CLAUDIO,(2006) *Técnicas para investigar y formular proyectos de Investigación*. 2º Ed. Córdoba; Brujas.

Jurisprudencia:



- CSJN “Charles Hermanos”, fallos- 46:36
- CSJN “Daray – Carlos A”.-1994-12-22.
- CSJN, "Fiorentino, Diego", 27/11/84, Fallos 306:1752.
- CSJN, “Montenegro, Luciano Bernardino” 10/12/81, Fallos 303:1938,
- Nardone Vs United States, (1939) 308.US.338.
- Silverthoner Lumber Co. Vs, United States, (1920) 251.US.385.
- T.S.J Sala Penal “Leyva”, Jorge Juan, S n° 105 .02/05/2008
- T.S.J, Sala Penal “Rodríguez”, S. n° 6, 12/3/2004.
- T.S.J.0
- Sala Penal Cba. “Racedo, Enzo Javier ”Sent. N° 321 del 15/12/2009
- Cam. Acusación Cba “Vega Oscar Alfredo” Auto Interlocutorio N° 182.
04/09/1997

Legislación:

- Constitucional Nacional de la República Argentina. Artículo 18.
- Código Procesal Penal de la Nación Argentina (Ley 23.984 y Modificaciones)
- Constitución de la Provincia de Córdoba. Artículo. 41
- Código Procesal Penal actualizado de Córdoba. Ley 8123 y Modificaciones. Artículo 194.
- “Código Procesal penal de la Provincia de Córdoba comentado”(2003)
José I. Cafferatta Nores – Aida Tarditti Córdoba: Mediterránea Córdoba.
- Código Penal Argentino.