En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 25 días del mes de junio del año dos mil quince, se reunieron en Acuerdo los miembros de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia integrada por los ministros Alejandro Javier Panizzi, Daniel Alejandro Rebagliati Russell y José Luis Pasutti, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para dictar sentencia en los auto0073 caratulados "**L., R. O. s/ Homicidio**" (Expediente N° 100006 – Folio 01 – Año 2014 – Letra "L". Carpeta Judicial N° 4799).

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo practicado a fojas 228:
Panizzi, Rebagliati Russell y Pasutti.

El juez **Alejandro Javier Panizzi** dijo:

I. Se abrió esta instancia con la impugnación extraordinaria de la fiscala general, doctora M. A. C. (hojas 191/201 y vuelta), contra la sentencia de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn (folios 177/189 y vuelta), que (con fecha 9 de septiembre de 2014) declaró procedente la impugnación ordinaria de la defensa de los imputados L. J. L. y N. A. V. –representados por el doctor C. G. d. M.– y los absolvió, por el hecho ocurrido el 20 de enero del año 2013, del que resultó la muerte de R. O. L..

///

El tribunal oral había condenado a N. A. V. y a L. J. L. a la pena de trece años y seis meses de prisión, y trece años de prisión, respectivamente, al hallarlos coautores del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (artículos 45, 79 y 41 *bis* del Código Penal).

II. La plataforma fáctica insimulada fue la siguiente: *El día 20 de enero de 2013, entre las 13:00 y 14:00 horas, se encontraban en el domicilio sito en Barrio P. **, manzana ***, lote ** de esta ciudad, R. O. L. junto a su esposa C. S. y su hijo menor E. L. (2 años) durmiendo la siesta. En un momento interrumpen* (sic) *en el domicilio dos personas, escuchándose a una de ellas de sexo masculino, joven, que llamaban "Negro… Negro…" a lo que R. L. contesta "¿Qué?", comenzando inmediatamente a disparar un arma de fuego, la señora Soto cubre a su pequeño hijo, mientras una de las personas que realiza el ataque rompe el vidrio y realiza varios disparos con un arma de fuego, calibre 32 largo, impactando una de ellos en hemitórax derecho que interesó ambos pulmones y corazón de R. L. lo que provocó su muerte inmediata. Ambos atacantes se dan a la fuga por el techo de la vivienda de L. para salir por la parte trasera, fugándose por la calle de atrás*

///

a la calle E. H., y luego subirse a una motocicleta roja que habían dejado estacionada momentos antes.

III. La legitimación para impugnar la sentencia halla su respaldo normativo en el artículo 378, inciso 2 del Código Procesal Penal.

IV. En su nutrido escrito la titular de la vindicta pública cuestionó la decisión del Tribunal Revisor de absolver a los encartados al extirpar la pericia de ADN del 15 de abril de 2013 y el testimonio del doctor B..

La fiscala explicó que la nulidad de esa prueba, decretada por el juez Y., se hizo en el marco de la audiencia preliminar y no por vía incidental; por tal motivo, el magistrado, al dictar el auto de apertura, admitió el testimonio del facultativo y la experticia cuestionada, en un mismo acto, único e inescindible.

A renglón seguido, aclaró que la fiscalía no dedujo recurso alguno contra la nulidad dispuesta por el juez, pues ésta se resolvió en el marco de la audiencia preliminar, la que no habilita impugnación alguna.

Luego, la recurrente manifestó que el origen del agravio de la defensa fue que el doctor B. no aceptó el cargo y, a partir de allí, se generó la confusión que derivó en la nulidad. Brindó

///

argumentos para afirmar que se trató de la declaración de una nulidad, por la nulidad misma.

Más adelante, alegó que como el auto de apertura es irrecurrible, no podían plantear la cuestión antes del debate.

En otro tramo, se agravió de la conclusión de la Alzada de absolver a los encartados por la orfandad probatoria.

Alegó que los jueces no condenaron únicamente sobre la base del resultado de ADN, sino que tuvieron en cuenta otros elementos de convicción que permitieron vincular a los incusos con el hecho investigado. Repasaron cada una de esas evidencias.

V. Efectuada esta semblanza de la causa, pasaré a emitir mi sufragio.

Como quedó establecido, en primer término la acusadora pública se agravió porque la Cámara en lo Penal extirpó la pericia de ADN y el testimonio del doctor B..

Corresponde, en consecuencia, verificar si el razonamiento del a quo es el acertado o, si por el contrario, asiste razón a la titular de la vindicta pública.

En ese derrotero, me atendré a las constancias de la causa, las que ya han sido repasadas por los miembros de la Alzada.

///

Así, observo que el juez penal Horacio Daniel Yangüela en el auto de apertura del juicio oral (hojas 47/48 y vuelta), incluyó la pericia en cuestión y el testimonio del doctor Néstor Basso, evidencias éstas que habían sido declaradas nulas por el mismo magistrado, a instancias de un planteo de la defensa.

Es decir, existieron sobre la experticia y el testimonio del facultativo dos decisiones contradictorias: una, la primera, que declaró su nulidad y la otra, la que incorporó aquella evidencia en el auto de apertura del juicio.

Considero que la Alzada ha zanjado esta situación correctamente.

Los jueces desbarataron la pretensión de la fiscalía en punto a que el artículo 299, *in fine*, habilita al tribunal del debate a revisar la decisión del juez de la preliminar que admite o rechaza un medio de prueba.

Esa referencia de la norma se aplica únicamente a la decisión del magistrado de aceptar o desestimar una evidencia por considerarla pertinente o sobreabundante. Pero nunca a la posibilidad de considerar en el debate prueba que ha sido declarada nula.

El ceremonial prohíbe que sean valorados elementos probatorios obtenidos o incorporados al

///

proceso en violación a las garantías constitucionales. Además, establece que los defectos deberán ser inmediatamente removidos e impide la posibilidad de retrotraer el procedimiento a etapas anteriores.

Es decir, la circunstancia de que la prueba de ADN haya sido declarada inválida en la etapa preparatoria, impedía su valoración posterior.

De esta manera, convalidaré el razonamiento vertido por los miembros de la Alzada en punto a extirpar la prueba viciada.

VI. En otro orden, la representante del Ministerio Público Fiscal impugnó la absolución de los condenados por orfandad probatoria.

En este sentido, también juzgo acertado el temperamento de los miembros de la Alzada.

Es que, suprimida la evidencia cuestionada, la prueba que quedó en pie, no resultó suficiente para establecer con certeza la responsabilidad de L. y V..

Los sentenciadores anotaron que a través de las intervenciones telefónicas únicamente se comprobó la vinculación entre los imputados y la mención de “un fierro” en esas comunicaciones.

También ponderaron insuficiente el dato aportado por el comisario Vázquez acerca de “un vecino” que observó la fuga y reconoció a los

///

incusos, ya que aquél no fue individualizado ni llevado al debate.

Con respecto al arma secuestrada en el domicilio de López, una tipo calibre .22, no sólo no se estableció si fue empleada en el ataque, sino que se comprobó que el calibre del arma que dio muerte a L. fue un .32 largo.

Por lo demás, la pareja del occiso no pudo aportar información acerca de la identidad de los atacantes.

En conclusión, la precariedad de estos indicios impide arribar a una conclusión condenatoria.

VII. En mérito de lo expuesto, corresponde rechazar el remedio fiscal deducido entre las hojas 191/201 y vuelta, y confirmar la sentencia N° 11/2014 de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn (folios 177/189 y vuelta).

Así voto.

El juez **Daniel Alejandro Rebagliati Russell** dijo:

I) En el voto elaborado por el colega que guía el acuerdo fueron expuestos los antecedentes del caso y los agravios vertidos por el Ministerio Público Fiscal, de modo que, en honor a la brevedad, me abstendré de hacer una ociosa repetición.

///

II) Como ya quedara sentado en numerosos antecedentes, cuando la parte acusadora es la que impugna, deberá demostrar la arbitrariedad o la incorrección en que incurrió el juzgador, máxime cuando el recurso arremete contra un fallo que desvincula a los encartados.

En este caso, el recurso apunta contra la decisión de la Cámara en lo Penal que absolvió a los imputados por suprimir la pericia del doctor B., y su posterior testimonio.

Sostuvo la fiscal que no interpuso recurso alguno contra la nulidad oportunamente decretada por el juez Yangüela, porque a su juicio, al decretarse en la audiencia preliminar, no permite recurso alguno.

Luego alega sobre la improcedencia de la nulidad de la pericia, denunciando que había sido erróneamente decretada.

El segundo agravio se dirige contra la decisión de considerar que la condena se basó únicamente en el resultado de la pericia cuestionada.

A renglón seguido cita partes de la sentencia en donde los jueces describen la prueba que tienen en cuenta para dictar la sentencia.

III) Ahora bien, de una detenida lectura del fallo, y del recurso, se deduce que no hay ningún

///

error evidente que permita habilitar la instancia.

En efecto, con respecto a la nulidad de la pericia, observo que la Cámara en lo Penal resolvió correctamente la contradicción contenida en el auto de apertura a juicio y reparó el error en el que incurrió el tribunal de primera instancia.

Así, se advierte que en la audiencia preliminar, el juez Yangüela declaró la nulidad de la pericia de ADN ofrecida por el Ministerio Público Fiscal, y, que en el mismo acto, cuando dispone el auto de apertura del juicio, incluye esta prueba documental.

Este error provocó que el perito sea citado a juicio por la fiscalía, y, que al momento de declarar, la defensa se oponga al testimonio por la nulidad decretada.

Pero los jueces desechan el pedido del defensor, y vuelven a tratar el tema como si nunca hubiese sido analizado, resolviendo que la pericia no era nula, y de éste modo la incorporan como medio de prueba válido.

Sin embargo, como bien lo ha resuelto la Cámara Penal de Puerto Madryn, los magistrados del juicio se encontraban impedidos de subsanar o rehabilitar una prueba declarada nula e incluirla

///

en su decisorio para fundar una sentencia condenatoria, pues esto vulnera un derecho fundamental de orden sustantivo (Art. 46 Const. Prov.).

Los jueces frente a casos como los que aquí se presentan deben ser claros y explicar lo acontecido en el curso del proceso a fin de que las partes tomen debida nota de ello y asuman la responsabilidad que en el resultado del pleito les compete.

Por las razones antes expresadas, voto por confirmar lo decidido por la Cámara en lo Penal en este sentido.

IV) El segundo agravio también habrá de ser rechazado.

La valoración que hicieron los jueces de cámara luego de invalidar la pericia genética es correcta.

La autoría de los encartados se fundó particularmente en esta prueba documental.

´Lo cierto es que la prueba hasta aquí citada, si bien debo coincidir con la defensa técnica, que en modo alguno resulta determinante para sostener la responsabilidad penal de los encartados, con el grado de certeza requerido en la presente instancia, resulta concordante entre sí, generando "indicios" por demás idóneos que la

///

luz de la pericia de ADN y que trataré a continuación, han de generar convicción suficiente para sostener que los imputados resultan autores de los hechos traídos a juicio´ -del voto del doctor Francisco Marcelo Orlando-.

´Ahora bien resulta crucial para dilucidar el presente caso y determinante para establecer la autoría en cabeza de los acusados la pericia de ADN, efectuada por el Dr. N. B. sobre los elementos secuestrados, obteniendo como resultado que los rastros hallados en el lugar del hecho se correspondían en un 99,9% con las muestras obtenidas a V. y F.´ -del voto del doctor Marcelo Fernando Nieto Di Biase-.

´Finalmente y lo que resulta decisivo ha sido la pericia de ADN realizada por el Lic. N. B. respecto de las manchas hemáticas y restos de piel, secuestradas en el lugar de los hechos y que fueron comparadas con las muestras obtenidas de los imputados L. J. L. y N. A. V.´ -del voto del doctor Gustavo Daniel Castro-.

Esta breve síntesis tiene por finalidad demostrar que los magistrados de manera unánime habían ponderado la pericia como el único elemento que autorizaba la condena de los acusados.

De éste modo vulneraron el derecho a la presunción de inocencia, pues invalidada una

///

prueba fundamental por haberse infringido el derecho al debido proceso, quedaban sin sustento los demás elementos de cargo a título indiciario y que permitían sostener la declaración de culpabilidad de los acusados.

En efecto, de la propia motivación de la sentencia, cuyos párrafos he transcripto, se constata que la prueba de ADN era esencial para llegar a la conclusión fáctica incriminatoria, de modo que extirpada aquella del plexo probatorio, la conclusión condenatoria carece de fundamentación suficiente.

Es por ello que el pronunciamiento del tribunal revisor ha sido dictado con apego a los parámetros legales vigentes y sin que la recurrente haya podido demostrar lo contrario, como tampoco la existencia de arbitrariedad o ilogicidad en el razonamiento escogido para arribar a la solución absolutoria.

V) Por todo lo expuesto voto por rechazar la impugnación interpuesta, y confirmar la sentencia nro. 11/2014 de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn.

Así voto.

El juez **José Luis Pasutti** dijo:

1.No repetiré los antecedentes del caso ni los agravios que fundan la intervención de la

///

Sala. Han sido explicados en detalle por los colegas que me anteceden en el orden de votación.

Pasaré sin más a resolver, siempre dentro del estrecho margen de conocimiento que habilita la impugnación extraordinaria de la parte acusadora.

2.Se cuestiona, en primer lugar, que los jueces de la Cámara en lo Penal de Puerto Madryn hayan descartado el peritaje de ADN y la declaración del experto encargado de su realización, como prueba de cargo contra las personas acusadas.

En el auto de apertura a juicio, el juez penal incluyó el mentado peritaje y la declaración testifical del doctor N. B.. Sin embargo, este mismo juez había declarado nulos estos medios de prueba, en la misma oportunidad –audiencia preliminar- y como consecuencia de un planteo de la defensa (hojas 47/48 y vuelta).

En otras palabras, el mismo magistrado tomó dos decisiones contradictorias en relación con las mismas evidencias: primero su nulidad, y luego su admisibilidad.

Estimo que la Cámara solucionó de modo correcto esta controversia. En efecto, el artículo 299 del rito, en su parte final, permite que el tribunal del debate vuelva a evaluar la

///

admisibilidad o inadmisibilidad de los medios de prueba aceptados o rechazados en la audiencia preliminar. Pero dicha posibilidad se limita a los supuestos expresamente previstos: pertinencia y necesidad del medio de prueba (CPP, artículos 166, 167, 293, 299 y concordantes).

En cambio, si la razón del rechazo obedece a la declaración de su nulidad, dicho medio de prueba y los actos que sean su necesaria consecuencia pierden todos sus efectos, y por ende ya no podrán servir de base para dictar una sentencia condenatoria (Constitución de la Provincia del Chubut, artículo 46; CPP, artículos 7, 26, 164, 165, 258 y concordantes).

Por esta razón, ratifico el criterio de los jueces de la Alzada en cuanto a eliminar de la causa el peritaje y la declaración del experto.

3. En segundo término, se critica la absolución de los imputados por insuficiencia de pruebas. Pero al respecto, habré de coincidir una vez más con el criterio de los integrantes del tribunal de revisión ordinaria.

Sin las evidencias señaladas en el punto anterior, las pruebas restantes no alcanzan para fundar la responsabilidad criminal de los acusados más allá de toda duda razonable.

///

Así lo reconocieron los propios jueces del mérito en sus respectivos votos (hojas 91/vuelta, 106/vuelta y 121 y vuelta del expediente, respectivamente), tal como puede apreciarse en la transcripción del Ministro que ha votado en segundo término. El peritaje, y su consecuente incorporación como prueba incriminante por medio de la declaración del experto, eran dirimentes.

En efecto, con las intervenciones telefónicas sólo se pudo conocer la relación entre los imputados y un "fierro" mencionado en las comunicaciones.

Por otro lado, un funcionario policial (comisario Vázquez) se refirió a un vecino que habría visto la fuga y habría reconocido a los inculpados, pero esta persona no fue identificada ni llevada al juicio. La pareja de L. tampoco pudo aportar información relevante sobre los autores del hecho juzgado.

Finalmente, si bien se secuestró un arma en la vivienda de L. (calibre 22), no se determinó si fue usada en el hecho. Por el contrario, se pudo establecer que el arma que causó la muerte de la víctima tenía un calibre distinto (32 largo).

///

En suma, todos indicios que no permiten llegar al estándar de certeza requerido para justificar una sentencia de condena.

Por todo ello, el razonamiento de los camaristas luce inobjetable y he de convalidarlo.

3.Me sumo a la propuesta de los colegas que me precedieron, y voto por el rechazo de la impugnación interpuesta en autos y la confirmación de la sentencia apelada.

Así voto.

Con lo que finalizó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente:

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedente la impugnación extraordinaria deducida por el Ministerio Público Fiscal -hojas 191 a 201 y vuelta-;

2°) La presente es firmada por dos miembros de la Sala por encontrarse el doctor Rebagliati Russell en uso de licencia y;

3°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo. Alejandro Javier Panizzi-José Luis Pasutti- Ante mi: José A. Ferreyra Secretario

///