

Exhibiciones Obscenas Abuso Sexual Menor De Edad Grabaciones Exclusion Probatoria Defensa En Juicio Prueba Ilicita

JURISPRUDENCIA

Exhibiciones obscenas. Abuso sexual. Menor de edad. Grabaciones.

Exclusión probatoria. Defensa en juicio. Prueba ilícita

Se ratifica la licitud de la grabación incorporada al proceso penal por la víctima menor del delito de exhibiciones obscenas agravadas y abuso sexual, generada por aquella con el posible victimario, como así también los mensajes de whatsapp obtenidos de los teléfonos de los protagonistas, al concluirse que se trataba de una grabación legal, pues fue hecha en un ámbito donde no había expectativa de reserva -la niña no era profesional de la salud, ministro de culto, abogado, familiar cercana o amiga íntima del imputado-; fue legalmente introducida al proceso, debido a que fue provista voluntariamente por la víctima. Se dispuso que el Estado podía utilizar esta grabación, ya que negar su validez sería igual a negarla en el supuesto de que una víctima hubiera entregado una fotografía donde constaban sus lesiones, o si una víctima de un robo aportara la grabación de la vereda donde dejó su automóvil violentado. Salta, 04 de Octubre de 2019. Y

VISTO: Estos Autos caratulados: ?INCIDENTE DE NULIDAD ABSOLUTA E INSUBSANABLE INTERPUESTO POR EL DR. DARÍO FRANCISCO DANIEL PALMIER REFERENTE A LA CAUSA GAR 158145/19 CARATULADA T., L. POR EXHIBICIONES OBSCENAS AGRAVADAS Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL (DOS HECHOS) TODO EN CONCURSO REAL EN PERJUICIO DE I.J.A. (MENOR) DEN: G., V. C. - A.P. 5/19 DIVISIÓN DE DELITOS INTEGRIDAD SEXUAL - FISCAL UDIS1 - APELACIONES GARANTÍAS CON PRESO?, Expte. N° 158145/19 del Juzgado de Garantías de Séptima Nominación, del Distrito Judicial del Centro, causa N° G05 158145/ 19 de la Sala III del Tribunal de Impugnación y, CONSIDERANDO 1) Que arriban estas actuaciones al Tribunal de Impugnación, Sala III, en virtud del recurso impetrad0o a fs. 55/73, por los doctores Darío Francisco Palmier y Juan Valdez Aguilar, contra el auto resolutivo de fecha 8/08/2019, que dispone: ?No hacer lugar al planteo de nulidad, en relación a los archivos de audio aportados por la querella identificados como, L..m4a, L.1m4a, L. 1-1.m4a, L. -1-2.m4a, L. -1-3.m4a, L. -1- 4.m4a, L. -1-5. m4a, L. -1-5.m4a, L. -1-6.m4a, L. -1-7.m4a, L. -1-8.m4a, L. -1-9.m4a, L. -1-9-1.m4a..., del acta de extracción de los archivos de audio almacenados en la tarjeta de memoria marca Samsung, de la copia en soporte magnético DVD, del informe de desgravación y transcripción de los audios de fs. 38/41 del Legajo de IPP y de todos los actos y o elementos de convicción conexos y/o dependientes...?. El recurso fue producido en tiempo y forma, en consecuencia resulta formalmente admisible, por lo que se encuentra expedita la vía recursiva para el tratamiento de la cuestión suscitada. 2) A modo de introducción el recurrente sostiene que la resolución impugnada resulta arbitraria, aparente, defectuosa, incompleta, por lo cual atenta contra el derecho de defensa, de las garantías del imputado y por ende pasible de revocación. Esgrime a modo de primer agravio que el auto atacado lejos de satisfacer las expectativas del justiciable, se limitó a contener consideraciones doctrinarias abstractas y escindidas de los hechos del caso, a la vez que evidenció una copia textual de las opiniones vertidas por la contraria, lo que constituye vicios graves que afectan la resolución en conjunto y la tornan revocable. Dice que de la lectura pormenorizada del decisorio, se puede ver que la señora Jueza establece para resolver una falsa dicotomía, entre los derechos de la supuesta víctima y las garantías del imputado, para luego determinar cual de los dos pesa más al momento de evaluar una posible exclusión probatoria -concepción que surge de diversos párrafos del fallo- lo cual resulta a todas luces desacertado. Agrega que, la regla de exclusión probatoria, no puede nunca evaluarse desde la mirada que propone la magistrada actuante. La equiparación par a par de los derechos de la supuesta damnificada y las garantías del imputado, no son ni por ventura componentes de análisis dentro de la misma, sino, en todo caso, la determinación del alcance de tales garantías del imputado frente al poder punitivo estatal. Indica que la pregunta que debió formularse la resolvente, no era si la denunciante podía gravar a su interlocutor, sino, si esta puede utilizar o no estas grabaciones para formar convicción en cualquiera de sus grados. Para ello tenía que apartarse de las circunstancias exógenas como la condición de la menor denunciante, expresamente referida en el fallo y posar la decisión en las condiciones intrínsecas del pretense elemento probatorio y esto se advierte, cuando se revela que los archivos de audio tiene una fecha de creación diferente a la manifestada por I.J.A, presentados por ante la fiscalía 40 días después y sobre todo, porque fueron creados sin orden ni contralor judicial previo, utilizados además con intereses económicos repugnantes al proceso penal. No puede el estado, por la afectación de garantías constitucionales, falta de autenticidad, legitimidad y por la evidente contaminación sufrida valerse de un elemento ingresado en tales parámetros. A modo se segundo agravio expresa que, coligiéndose del apartado anterior que por las severas irregularidades que presentaban los audios, estos debían ser excluidos como elemento de convicción, la señora magistrada consideró como ?precipitada? dicha anulación en esta instancia, lo cual nuevamente se evidencia como erróneo y como tal impone la necesidad de revocación del auto resolutivo. Agrega que en el expediente de marras su

parte no plantea un supuesto de ineficiencia probatoria o de valoración de elementos de convicción, sino que a tenor del devenir de los mentados audios, se da un caso de contaminación de evidencia, de ruptura de la cadena de resguardo, de violación de garantías constitucionales y de afectación del derecho de defensa por la falta de contralor judicial que provoca un gravamen de imposible reparación ulterior. Como tercer agravio, manifiesta que existe un error de diferenciación entre libertad probatoria y legalidad de la prueba; que si bien puede recurrirse a cualquier elemento de convicción, incluso indicios, cada uno de estos elementos debe ser obtenido e ingresado en forma legal, coyuntura esta, que no se vislumbra en las actuaciones de referencia. Se agravia, cuando al momento de dilucidar lo referente al primer tópico del planteo originario, esto es, la falta de control judicial previo de la grabación, la señora Jueza recurre a la jurisprudencia nacional, indicando que aún frente a esta falta del requisito constitucional previo, las mismas resultan válidas porque fueron aportadas por uno de los interlocutores, tratándose del registro o constancia del diálogo que mantuvieron. Este considerando -dice- se opone a lo prescripto por el art. 287 del CPP. Como cuarto agravio expresa la prueba en cuestión fue obtenida en forma ilícita, que debió existir control judicial previo, el cual no sólo resguarda al sometido al proceso de eventuales injerencias arbitrarias en su vida privada sino que además, protege la autenticidad de la probanza evitando adulteraciones negligentes o dolosas que signifiquen una contaminación de la evidencia, inconciliable para el poder punitivo del estado, que no podrá en adelante servirse de la misma, so pena de propagar sus efectos dañinos, en afectación al debido proceso. Agrega que al exigencia del control judicial previo, no era entonces un antojo de su parte, sino un requisito constitucional de validez que debía ser respetado en resguardo de las garantías del imputado y que en su ausencia, determinaban la invalidez de los elementos supuestamente obtenidos e ingresados en forma espúrea. Ante ello la decisión de la Magistrada -a criterio de su parte- es desacertada y por ende merece ser revocada. Finalmente como quinto agravio, refiere que en lo que respecta a la violación de la cadena de custodia, la señora Jueza, sin mayores comentarios, entiende que debe denegarse el planteo porque dicho resguardo se inicia desde que los elementos ingresan a la Fiscalía y a partir de allí, dicha protección se dio adecuadamente. Este argumento -considera- tampoco encuentra razón ya que esto no significa que puede desligarse de todo derrotero anterior del elemento de prueba. El primer paso de la mentada cadena de resguardo es la valuación de su autenticidad y la examinación de la falta de contaminación previa de la evidencia, acción ésta que, no se efectuó, lo que habría determinado la inadmisibilidad de los audios atacados. En este contexto dice que en este punto halla un nuevo yerro de la resolución, que deriva de la omisión lisa y llana del tratamiento de una cuestión esencial introducida oportunamente por la parte, que es cuando su parte refirió a la contaminación de las pruebas, y que no lo hizo en base a meras conjeturas, sino que indicó hecho a hecho cada uno de los actos de la denunciante que permitían concluir en la adulteración intencionada del elemento de convicción (el día 13/03/2019, omitieron intencionalmente entregar el celular, bajo el pretexto de que el mismo se había reiniciado; se aportó un pen drive que ya de por sí daba cuenta de que los audios habían sido cambiado de Hardware y por ende habían sufrido ya adulteraciones; se indicó que extrañamente en su declaración en Fiscalía, la supuesta víctima señaló que ¿no tenía el celular porque lo había dejado cargando? y ante esto no se le requirió que dejara dicho celular para su oportuna extracción, sino que se fijó nueva audiencia para diez días después, en la que se dejó constancia de que otra vez, raramente, ¿hace 5 días apagaron el celular y ahora el mismo al prenderlo no responde al tacto? es decir estaba dañado, por lo que sólo se pudo obtener la ¿información de interés? almacenada en la tarjeta de memoria. A esto se sumó la circunstancia de que cuando se revisaron los audios por el personal del CIF, se percataron de que éstos tienen una fecha de creación distinta a la enunciada por la propia denunciante en su presentación inicial, y a la postre, unos son presuntos segmentos de otros, lo que evidencia un trabajo de edición; y, finalmente se agregó la coyuntura de que existen audios de Whatsapp que demuestran un espúreo interés económico de las denunciadas, que se condice con la reticencia a la entrega del teléfono, como con la adulteración clara y concisa de la evidencia que se viene abordando).

3) Bilateralizado el recurso, la Fiscalía Penal N° 1 -Unidad de Delitos contra la Integridad Sexual- y la parte Querellante contestan en tiempo y forma en fecha 26/08/2019 y 29/08/2019, y solicitan que el mismo sea rechazado por las razones que allí exponen y a las que me remito en honor a la brevedad.

4) En el decisorio en crisis, la señora Jueza de Garantías se expidió diciendo que los elementos atacados de nulidad se basan en una grabación generada por la menor, posible víctima de un ilícito, con el posible victimario, y donde claramente hablan del hecho sucedido hace tiempo atrás. También se cuestiona la constitucionalidad de los mensajes de whatsapp obtenidos de los teléfonos de los protagonistas y que supuestamente han sido incorporados al proceso penal sin ningún contralor jurisdiccional que garantice el acabado derecho de defensa, el principio de auto incriminación y destacado que a la postre tampoco se ha cumplimentado con la debida cadena de custodia. Dice que, en este punto, es importante destacar que la supuesta víctima, en oportunidad de poner en conocimiento la noticia criminal, realiza una clara manifestación explicando el motivo de la grabación -lo grabo porque necesitaba pruebas, porque el hecho había ocurrido hace mucho tiempo atrás, por lo que no le iban a creer lo que estaba denunciando-. Explica que en dicho contexto, frente a la colisión de derechos Fundamentales, debe ponderarse el deber de raigambre constitucional que se impone a los magistrados, respecto a la protección integral de niños, niñas y adolescentes, así al analizar la constitucionalidad de los documentos

que se pretenden nulificar debe considerarse que lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación de los audios y las grabaciones, sino que lo que debe garantizarse es que al utilizar tales elementos como prueba, se respete el derecho de defensa del acusado. Señala que existe basta jurisprudencia nacional que sustenta el criterio restrictivo en materia de nulidad de las grabaciones por particulares como elemento, al menos en esta instancia de fuente de prueba que amerite la declaraciones de nulidad de las mismas, sin perjuicio que estas queden sujetas a la valoraciones que corresponderá analizar en el momento oportuno conjugándose allí los principios constitucionales a los que la defensa en este estadio procesal destaca como vulnerados. Los nulidiscientes expresan que se han violentado las garantías de autodeterminación, en relación a las prescripciones establecidas en el art. 287 y 288 del CPP., y al respecto debe entenderse que resulta necesario analizar el alcance de la cuestión debatida para concluir, como ya se dijo en la validez de la misma en la instancia procesal que se viene cursando, es decir debe darse validez a la grabación y los audios, toda vez que fueron aportados por uno de los interlocutores y se trata de un registro o constancia del diálogo que mantuvieron entre ellos. Señala que, la pretendida nulidad deviene desajustada puesto que como ya se hizo referencia, esta fuente de prueba incorporada fue justificada por la menor para ser escuchada por los órganos estatales, por lo que desatender la finalidad y justificación de la misma sería como dejar huérfanos los derechos de personas altamente vulnerables. Con respecto a la hipótesis que viene sosteniendo la defensa -de que su defendido sufrió un engaño por parte de la víctima y su madre- esto será materia de aportes probatorios que refrenden la tesis expuesta por una u otra parte, con lo cual el amplio margen de utilidad que tiene en esta instancia las grabaciones, las escuchas y teniendo en cuenta la naturaleza del hecho, la gravedad del mismo, el estado de vulnerabilidad de la víctima y la tesis defensiva puesta de manifiesto, hacen que razonablemente deba rechazarse el planteo de nulidad pretendido por la defensa. Además debe decirse que con ello de modo alguno estamos manifestando aquí que ya se encuentre probado el delito penal que se viene investigando, sino simplemente que estos elementos significan un desarrollo profundizado en esta instancia a partir de la incorporación de los audios, entendiéndose que deviene precipitada su anulación por acotar el campo de investigación y desarrollo probatorio. Explica que la garantía a la autoincriminación que invoca la defensa no se vislumbra en este momento como adecuada puesto que lo que prohíbe la ley fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que deberían provenir de su libre voluntad, no evidenciándose en el caso de autos que el encartado Teruel haya resultado coaccionado o compelido de alguna otra manera torturante para mantener dicha conversación. Concluye que en atención a la autenticidad de los elementos que pretenden ser invalidados, una vez más debe sostenerse que el contenido de las grabaciones obtenidos por la víctima, resultan válidos, entendiéndose como irrazonable el planteo de la exigencia extremadamente formalista resaltada por la nulidisciente exigir su autenticidad mediante escribano. En relación al resguardo de la cadena de custodia le asiste razón al representante del Ministerio Público cuando sostiene que dicha cadena se refiere al procedimiento de control empleada para los indicios materiales, la que funciona desde la ubicación de éstos hasta su valoración por los encargados de administrar justicia, no así de un tiempo anterior, debiéndose en consecuencia sostener que previo a la incorporación de los elementos que pretenden invalidarse, puede exigirse a los particulares lo dispuesto en el Manual de Procedimientos del sistema de cadena de custodia a los servidores públicos, que tengan contacto con los elementos materia de prueba o evidencias físicas, involucrados en la preservación, el aseguramiento y conservación de las características originales y registro de las modificaciones que sufran dichos elementos desde su recolección hasta su disposición final, por lo que, sin perjuicio que la defensa cuestione oportunamente su validez, adulteración o lo que correspondiera de acuerdo a su hipótesis, en este extremo de análisis no corresponde hacer lugar a lo peticionado. 5) La cuestión debe ser resuelta a la luz de las normas aplicables y de las circunstancias concretas del caso. En primer lugar siguiendo a Angela Ledesma debemos decir que se entiende por legalidad de la prueba la congruente con principio y garantías constitucionales. Maier, afirma que el procedimiento penal actual se debata entre dos intereses que, en principio, son contradictorios: la razón de Estado, en forma de interés público por el descubrimiento de los hechos punibles y por la actuación de la coacción estatal, y el interés individual por librarse de la persecución y de la pena? (Maier, Derecho procesal penal. Fundamentos, t. I, p. 163 y siguientes. ¿Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio? (art. 28, Const. nacional). De allí que el marco de tensión que describe la Sra. Juez de Garantías, que se encuentra presente a la hora de resolver el planteo que formulo la Defensa de L. T. no resulte desacertado ni fundamento alguno de agravio. Tampoco que se haya considerado que la víctima, por su menor edad, sea objeto de especial tutela estatal. 6) Reclaman los recurrentes que la Sra. Jueza debió preguntarse si la víctima está facultada para grabar una conversación y si el estado puede utilizar dicha grabación. La Sra. sí reflexionó sobre estos asuntos. De todos modos como no hay agravio sin real perjuicio, corresponde ahora ampliar la reflexión para ver si es que algunas de estas respuestas tiene sentido negativo conforme el principio de estricta legalidad probatoria. En primer lugar debe decirse que nuestro código establece el principio de libertad probatoria en el art. 282 del CPP, permitiendo no sólo la recepción de medios de pruebas regulados por el Código, sino todos los que no conculquen garantías constitucionales y tengan relación con hechos y circunstancias relacionadas con

el objeto del proceso. a) La pregunta es entonces si al grabar un particular la conversación que mantuvo el imputado con la víctima se conculcó garantía constitucional alguna. Debe decirse que no puede traspolarse la decisión de la CSJN in re Fiorentino Diego, toda vez que la misma se circunscribe a un acto emanado de autoridad, esto es a la legalidad o ilegalidad de un allanamiento provocado por un interrogatorio policial a un particular, sin estado de sospecha. Situación muy diferente a la existente en autos. No debe confundirse un allanamiento ilegal o una escucha ilegal con un la grabación de una conversación por parte de su protagonista. Al efectuarse esta grabación no se afecta de modo arbitrario la intimidad del imputado, pues L. sabe que está hablando con su interlocutora y voluntariamente expresa lo que dice. No es un tercero el que intercepta esta conversación, es la destinataria de los mensajes y expresiones la que los registra. Una vez emitido el mensaje es propiedad de la destinataria y ella puede disponer del mismo. Lo mismo hubiera ocurrido respecto de una carta o un mensaje escrito. No puede considerarse tampoco violatoria de la garantía de la no autoincriminación. No expresa la defensa que haya habido algún mecanismo coactivo en virtud del cual el imputado haya expresado lo que dijo. No fue ni obligado ni amenazado, no se extrajo sin su consentimiento, lo que él dijo, fue por propia decisión. Se ha dicho que: ?la voluntad no ha sido viciada, pues quien se expresa libremente ante un tercero desconocido, sabe que está confesando un delito y lo hace en forma voluntaria, desinteresándose en ese momento de que, el hecho concreto quede resguardado dentro de la esfera de su intimidad y asumiendo el riesgo de ser denunciado por su interlocutor. Lo que no sabe es que su acto está siendo registrado por quien lo escucha, y que ello será llevado como prueba ante un tribunal. Además, no es el órgano de persecución penal quien ha urdido la maniobra, sino que lo ha sido un particular, frente al cual, otro particular expone la comisión de un hecho delictivo. En consecuencia, lo que se lleva adelante no es una de las declaraciones ante las autoridades competentes, que será o no valorada si ella ha cumplido con las reglas impuestas. (CÁMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERÍA, TRELEW, CHUBUT Sala PROCESAL PENAL (Carlos Velázquez Carlos Ferrari Juan Manino) Defensor General s/Incidente de Nulidad INTERLOCUTORIO, 0000000047 del 7 DE MAYO DE 200). Es cierto que la prueba ilícita no debe valorarse, pero igualmente cierto es que en el caso bajo examen no se observa parámetro alguno que pueda afirmar su ilicitud. Vivimos en un mundo que permite registrar todos los actos realizados. Salvo que los mismos se ejecuten en un ámbito de intimidad, no podemos considerar su registro como sorpresivo o ilegal. En el caso concreto quien registra o hace registrar la conversación es la propia víctima, protagonista de la conversación. Insisto, no se trata de un acto íntimo, se trata de un diálogo voluntariamente mantenido.

b) Lo segundo que cabe preguntarse es si el Estado puede utilizar esta grabación. La respuesta es afirmativa. Fue voluntariamente entregada por la víctima del proceso. Negar su validez sería igual a negarla en el supuesto que una víctima hubiera entregado una fotografía donde constaban sus lesiones, o si una víctima de un robo aportara la grabación de la vereda donde dejó su automóvil violentado. No fue un tercero o el estado los que produjeron de modo subrepticio el material, la víctima entrega el registro de una conversación que le pertenece. Nada obsta entonces a su utilización. La defensa cita el fallo Stanilawsky de la Cámara Nacional de Casación. En dicho fallo la Cámara expresamente manifiesta: ?...Pero también es doctrina del Ato Tribunal que esta regla de exclusión no ha de entenderse como de aplicación automática e irracional, quedando a cargo de los jueces de la cuasa valorar las particularidades de cada caso concreto, y de acuerdo a los principios de la lógica y la experiencia social determinar caso por caso...? Así las cosas los antecedentes jurisprudenciales citados por la Defensa, sostienen la validez del fallo de la Sra. Juez de Garantías, pues con lógica en este caso en particular la misma ha validado la grabación aportada por una víctima de delitos contra la integridad sexual particularmente vulnerable por su minoría de edad.

c) Se trata entonces de una grabación legal, pues fue hecha en un ámbito donde no había expectativa de reserva -la niña no es profesional de la salud, ministro de culto, abogado, familiar cercana o amiga íntima del imputado-. Fue legalmente introducida al proceso, pues fue provista voluntariamente por la víctima. Es que la defensa confunde entre lo contrario al interés de su representado con los derechos constitucionales del mismo. Que el resultado de las escuchas pueda ser perjudicial para su defendido no lo transforma en ilegal. Al receptar las grabaciones no se ha violentado derecho alguno. Pues no hay una expectativa constitucionalmente protegida a que si voluntariamente se admite la comisión de un delito, en un ámbito en el que no se puede exigir confidencialidad y esto queda registrado, tal registro no pueda ser utilizado. Para una mejor comprensión corresponde referir que: ?...está ampliamente aceptada por el derecho judicial local y comparado. Su justificación reside en el riesgo a la delación que voluntariamente asume toda persona que ante otra hace revelaciones sobre un delito o realiza actividades relacionadas con él. De la lectura de los argumentos convalidantes, se podrá observar, que graficado en palabras simples, el fundamento es el razonamiento de que la justicia no va a cuidar los derechos de los ciudadanos más allá de lo que éstos estén interesados en su preservación. O sea, el mensaje es el siguiente: ?si usted no cuida sus garantiza, no pretenda que lo haga un juez?. El derecho judicial nacional y comparado ha delimitado si la filmación, grabación, etc., ha sido realizada con el consentimiento o participación de uno de los interlocutores (p. ej., el comprador de droga, el extorsionado, etc.) se le reconoce validez? (Hairabedián, Maximiliano, Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Ad Hoc. Bs as. 2016, pág. 125). ?...Idéntico criterio sostuvo en el caso ?Macri?, la Cámara Nacional de Casación, cuando estableció que ?admitido que la

libertad y la privacidad de las comunicaciones telefónicas hacen parte de la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, del mismo modo en que las cartas misivas pueden ser presentadas por sus dueños o destinatarios- y aun por terceros poseedores con consentimiento del dueño o por orden judicial - (como lo permitía el art. 356 del Cód. Proc. Crim.) (C. N° 1242, CNCP, Sala I, resol. del 13/6/1997), la ley 19.798 reglamentaria de la inviolabilidad de las comunicaciones...prohíbe usar por otra persona que no sea su destinatario el contenido de cualquier comunicación por cable telefónico...en el sub examine, las contenidas en las cintas impugnadas fueron presentadas al proceso por el destinatario... de forma tal que no ha existido intromisión alguna en la privacidad esperable en las conversaciones telefónicas con vulneración del derecho a la intimidad constitucionalmente protegido...ni siquiera ha mediado un llamado telefónico del damnificado al imputado con el propósito de someterlo a un interrogatorio que provocase respuestas autoincriminatorias, conducta que alguna jurisprudencia ha considerado lesiva del art. 18 de la C.N (CNCrim. y Correc., Sala VI, 6/8/1991, salcedo, G´)...? (ob cit. pág. 126). Esto también se ha sostenido en el caso ?Branca?, en la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados de la Nación, conforme orden del día 1376 cit., en el Caso Gallo de la CACCF (Sala I, sent, 25.285 del 29/4/1994); (CNCP, sala IV, resol. del 7/9/1999); Fallo Peyrou (CNCP, sala IV, causa 847, rta, el 30/10/1998); Así lo receptó la Corte Suprema de Costa Rica(CS Costa Rica, Sala 3°, resol. 457, 5/6/2003, Araya Monge y otros). ?Asimismo, sustentan, la teoría del riesgo fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En ?Fiscal c/ Fernández, nuestro máximo Tribunal aplico la ?Teoría del riesgo) (del 11/12/1990, LL, 1991- B, 190; CSJN, F-400-XXII)? (ob cit. pág 130). ?El Tribunal Supremo Español entiende que en estas hipótesis, el derecho a la intimidad es renunciado por el propio ciudadano que exteriorizó sus pensamientos sin coacción. Asimismo, que el derecho no podría prohibir que la exteriorización de propósitos delictivos sea mantenida en reserva por el destinatario de la charla, pues la ley no garantiza el secreto de lo que una persona dice a otra, ya que nada impide que éste revele lo que hablaron, y es irrelevante la firma en que se documento ese diálogo?-(Sent. del 11/5/1994, citado por Torres Morato - De Urbano Castillo; ob, cit., pp. 269 y 270. También la sent. del 1°/3/1996, citada por Muñoz Conde, Francisco: ?Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal?, Calves del derecho penal, n° 4, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 99/101). Finalmente ?Si la valoración de medios clandestinos se realiza sólo cuando el afectado voluntariamente ha efectuado manifestaciones o realizado actos con consecuencias probatorias frente a un particular que registra por grabación o filmación, la efeciacia puede encuadrarse bajo la conclusión de que no ha habido efectiva violación a los derechos constitucionales. Tampoco cuando se aporta como prueba una comunicación propia.? (ob.cit.248).

7) Para que resulte atendible el agravio en relación a que debe excluirse una prueba ilícita en modo temprano, deberíamos estar en presencia de una situación que impusiera una exclusión probatoria. En el caso concreto no estamos frente a una prueba que haya vulnerado garantías y por ello, no habiendo razón de exclusión probatoria, ni legal, ni por violación al derecho de defensa, resulta inocuo su análisis. Es que no habiendo que excluir, no corresponde analizar cuando se debe excluir.

8) En relación al tercer motivo de agravio, debe decirse que no se observa que en la resolución la Sra. Jueza de Gtias. haya confundido legalidad de la prueba con libertad probatoria. La prueba cuestionada se tuvo, correctamente, por legal. La confusión es de la defensa cuando pretende exigirle a la grabación efectuada por la víctima los requisitos de la intervención telefónica. La víctima no es el órgano de acusación ni un auxiliar investigador. Es un particular que registró, con la libertad que la Constitución de efectuar todo lo no prohibido, una conversación. La ley no priva a los particulares de poder grabar las conversaciones que mantienen. Nadie puede ser privado de lo que la ley no prohíbe. Una vez más no se puede confundir un acto lícito particular y su lícito registro con la actuación de los órganos estatales y por ello son intransferibles al suceso bajo análisis, las previsiones que los recurrentes pretenden. No se trata de una escucha telefónica sino del registro de la conversación por uno de sus protagonistas.

9) No tiene asidero tampoco el agravio respecto a que la prueba fue realizada sin control judicial previo. Un particular no tiene que pedir permiso a la autoridad judicial para conversar con otro, y no tiene que hacerlo tampoco para registrar esa conversación. La víctima no actuó como agente encubierto, mantuvo un diálogo como particular. Aún a riesgo de ser reiterativo debo manifestar que no se trató de un acto de investigación estatal, fue una conversación privada que se registró y por ello no le son exigibles las reglas de la escucha telefónica como pretende el recurrente, no era exigible que se requiera autorización judicial previa.

10) Al no ser un elemento producido en el proceso o bajo la dirección estatal, tampoco es exigible la cadena de custodia del mismo hasta su presentación. Su autenticidad será materia de discusión respecto de su valor convictivo y no en relación a su validez para el ingreso. Misma confusión se presenta cuando se habla de que no se cuenta con los archivos originales, o que fueron segmentados, o que el teléfono no fue presentado. Todo ello influye respecto al valor probatorio y no a su validez formal y deberá ser ponderado al momento de valorarse la prueba y no al momento de juzgar respecto de la validez de su ingreso al proceso. Sobre el material presentado podrán las partes ofrecer lo que estimen pertinente a fin de establecer su completud, exactitud, pertenencia o no a los referidos como protagonistas de la comunicación, etc. Todo para establecer si los mentados archivos aportan o no y con que grado de credibilidad, elementos que hagan a la convicción inculpativa o desinculpativa sobre el hecho.

LA SALA III DEL TRIBUNAL DE IMPUGNACION, RESUELVE: I) RECHAZAR el

recurso de Apelación interpuesto a fs. 55/73 por las razones expuestas y en su mérito CONFIRMAR la resolución de fs. 26/43 de autos. II) REGÍSTRESE, PROTOCOLÍCESE, NOTIFIQUESE, y oportunamente BAJEN los autos al Juzgado de origen. Tribunal de Impugnación Sala III de la Provincia de Salta. Tribunal Unipersonal; Juez. Dr. Barrionuevo, Eduardo Arturo. Secretaria Dra. Muñoz, María de Los Ángeles. Correlaciones: P., D. R. s/abuso sexual con acceso carnal - Cám. Crim. y Correc. Civ. Com. Fam. y Trab. Deán Funes - 08/10/2013 - Cita digital IUSJU211084D
044410E