Reg. n° 824/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Luis M. García y Horacio L. Días, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación, interpuesto a fs. 333/369, por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Hernán J. Santo Orihuela, en representación de _____, en la presente causa nº 4894/2014/TO1/CNC1, caratulada "TJJ, _____ s/robo calificado por el empleo de armas en grado de tentativa y amenazas agravadas por haber sido cometidas con armas", de la que **RESULTA**:

I. Con fecha 23 de junio de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 27 de esta ciudad resolvió:

"***I.- CONDENAR*** *a* ***___TJJ_____****, de las demás condiciones personales obrantes en autos, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión con arma en grado de tentativa, a la pena de* ***TRES AÑOS DE PRISIÓN, de efectivo cumplimiento y costas*** *(arts. 29 inc. 3°, 42, 44 y 166 inc. 2°, párrafo primero del CP, arts. 403, 530 y 531 del CPPN).*

II. ***- RECHAZAR la inconstitucionalidad*** *formulada por la Defensa de los* ***artículos 14 y 50 del Código Penal****.*

III.- DECLARAR REINCIDENTE a ___TJJ_____ (art. 50 del C.P.)" (fs. 297/297vta).

Los fundamentos de esta condena fueron dados el 30 de junio siguiente (ver. fs. 298/326vta.).

II. Contra la condena dispuesta en esa sentencia, el Sr. Defensor Oficial interpuso recurso de casación que fue concedido por el *a quo* a fs. 370/371vta. y fue mantenido a fs. 384.

El recurrente indicó que en la sentencia se habían violado derechos constitucionales del imputado por haberse incorporado por lectura la declaración testimonial del presunto damnificado a pesar de la oposición de la defensa y, subsidiariamente, se cuestionó la decisión por arbitraria en la valoración de la prueba y ausencia de respuesta a planteos concretos de la defensa. Por otro lado, también en forma subsidiaria, se señaló que la ponderación de la capacidad de culpabilidad de imputado al momento del hecho fue incorrectamente realizada y que la subsunción del caso en el delito de robo con armas no era adecuada. Por último, se tachó de arbitraria la mensuración de la pena y se planteó la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del CP.

III. Puestos los autos en la Oficina Judicial por el término de diez días (art. 465, 4° párrafo y 466, CPPN), a fs. 394/396vta., la Defensa Oficial, representada por el Dr. Santiago García Berro, se presentó a ampliar fundamentos, ocupándose puntualmente de desarrollar los agravios vinculados a la incorporación por lectura de las actas de declaración testifical de HOG y la duda acerca de la capacidad de culpabilidad.

El pasado 12 de noviembre se dejó constancia que constituido el tribunal en la sala de audiencias, las partes intervinientes comparecieron, desarrollando sus agravios la Dra. María Florencia Hegglin, haciendo lo propio en representación del Ministerio Público Fiscal el Dr. Leonardo Filippini. Así, efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

CONSIDERANDO:

El juez Gustavo A. Bruzzone dijo:

1) En primer lugar debo decir que el recurso es admisible porque se dirige contra una sentencia de condena (art. 457, CPPN) y los agravios fueron debidamente canalizados. Por otro lado, conforme la doctrina que surge de fallo “Casal” de la CSJN, la tacha de arbitrariedad en la valoración de la prueba, determina que se debe

agotar la capacidad de revisión de todo aquello que sea "revisable" en esta instancia, en donde el límite lo traza la percepción directa que los jueces del tribunal de juicio obtienen de la prueba a través de la inmediación, para la determinación de los hechos que acreditan la imputación.

2) Dos eran los hechos imputados a TJJ, respecto de uno de los cuales el fiscal que intervino en el juicio no formuló acusación (causa n° 4345), habiéndolo hecho respecto del contenido en la causa n° 4310.

Respecto de esta imputación en el requerimiento de elevación ajuicio se imputó al procesado TJJ, la coautoría del delito de robo calificado por haberse cometido con armas en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 166 inc. 2° del Código Penal) (cfr.fs.168/170/vta.), donde se señaló: "Se le imputa a TJJ haber intentado sustraer, utilizando violencia en las personas, valiéndose para ello de una botella de vidrio rota y de una piedra, objetos de valor o dinero que pudiera tener en su poder _____HOG_____, lo que ocurrió el día 14 de marzo de 2014, promediando las 0.45 horas, en la puerta del local de comidas denominado 'Mc Donals's', situado en la Avda. Santa Fe n° ___ de la ciudad de Buenos Aires." Y agregó: "En efecto, el día en cuestión, a la hora señalada, el damnificado se encontraba en el lugar indicado, esperando a su novia, cuando fue interceptado por el encausado, quien en su mano derecha llevaba un cuello de botella y en su mano izquierda un adoquín, oportunidad en que le dijo: 'dame algo, plata, dame algo que estoy re jugado, dame plata, dame tu celular, dame algo'. Ante ello, HOG le contestó que no le daría su teléfono celular y que dinero no tenía, motivo por el cual TJJ le colocó el pico de la botella de vidrio, con un extremo con punta, en el cuerpo, lo que motivó que se trabaran en lucha, momentos en que el incuso le arrojó al damnificado el trozo de baldosa en el pecho, lo que fue observado por el Sargento 1° Gustavo

Bresciani, quien de inmediato procedió a la detención del encausado y al secuestro de la botella y de la piedra".

En el marco de la audiencia de debate, conforme surge del acta respectiva, al momento de alegar, el fiscal que intervino en el juicio, Dr. Guillermo de la Fuente, luego de postular la absolución por el primer hecho, sostuvo que: "(…) con respecto al otro hecho, el de robo, que se le imputaba, dijo que no tenía dudas que TJJ era el autor. Refirió las circunstancias en que se aproximó a _____HOG_____, frente a un local de Mc Donald´s. Que TJJ se acercó a él con la finalidad de que le entregara dinero o efectos de valor. No solo se limitó a exigir esto, sino que lo hizo exhibiendo una botella con bordes cortantes y parte de una baldosa en la otra mano. Que los usó como elementos intimidantes para lograr el desapoderamiento. No lo logró porque hubo una resistencia de HOG. Además la oportuna comparecencia de personal policial impidió que se consumara el hecho. Que la víctima no concurrió al debate pero había declarado ante el Juzgado de Instrucción. Que en su relato dio explicaciones claras de los motivos por los que estaba ahí –esperando a su novia- y de lo sucedido. Relató cómo había sido abordado por TJJ y lo sucedido hasta que personal policial logró su detención. ____ HOG sufrió una descompensación que ameritó la intervención del SAME. Que el personal policial declaró en el juicio, en tal sentido realizó una síntesis de las declaraciones de Giménez y Bresciani. Detalló el resto de la prueba producida, acta de detención, de secuestro de los objetos, informes médico legales uno de ellos realizado poco después de la detención, informe de laboratorio clínico, conclusiones forenses agregadas a fs. 90/108, 50/2 respecto de sus facultades mentales. El informe de fs. 237 en el cual también se hizo referencia a las consecuencias de sus adicciones. El informe de fs. 66 en el que se describen las lesiones de la víctima. Por último, valoró la declaración indagatoria de TJJ, quien reconoció algunos

extremos, que le arrojó una baldosa, que estaba ahí, y que tenía una botella, pero no la rompió. Que se trabó en un forcejeo con el denunciante. Que TJJ dijo que no lograron sacarle su teléfono celular. Que cuando se le preguntó el motivo por el cual había sido agredido, dijo que no lo sabía. Que había tomado una botella de cerveza. Efectuó un análisis sobre la credibilidad del imputado. Dijo que no era creíble respecto de la agresión de la víctima que nadie vio. Que le resultaba convincente el relato de la víctima en cambio. Que TJJ se ubicó en el lugar, pero HOG dijo que estaba esperando a su novia allí, por lo cual tenía sentido que estuviera allí. Por otra parte, los dichos del personal policial era concordante con los dichos de HOG. Por lo expuesto, la versión de ____ HOG resultaba creíble. Acusó a TJJ como autor del delito de Robo conarmas tentado, citó los artículos 42, 44 y 166 inciso 2 párrafo primero del CP. Que los elementos utilizados aumentaban el poder vulnerante, la capacidad de daño y peligro para la víctima. En cuanto a la pena que debía solicitar manifestó que tomaba en cuenta las características del hecho, las condiciones personales, los antecedentes que registraba que lo llevaban a ser reincidente, por lo que solicitó que se imponga a TJJ la pena de TRES años de prisión, más las costas del proceso. Que se imponía la reincidencia así como el efectivo cumplimiento de la pena a imponer."

Sobre esa base la mayoría del tribunal, compuesta por los jueces Salvá y Romeo, tuvo por acreditado que: "*(...) el pasado 14 de marzo de 2014 siendo aproximadamente las 0.45 hs. en la puerta del* local 'Mc Donald's' sito en Av. Santa Fe ___ de la ciudad de Buenos Aires TJJ interceptó a _____HOG_____ quien esperaba a su novia en el lugar indicado, y esgrimiendo en su mano derecha parte de una botella de vidrio rota y en la otra una baldosa le

exigió al nombrado la entrega de plata y celular manifestándole ‘dame algo, plata, dame algo que estoy re jugado, dame plata, dame tu celular dame algo’ agregándole que no tenía problema en matarlo mientras le apoyaba la botella rota en su pecho. Luego el damnificado aprovechando una distracción de TJJ tomo la mano que tenía la botella rota y comenzó a forcejear en el piso hasta que le arrojó la piedra en su pecho y logró zafarse pero siendo detenido por personal policial.”

Agravio vinculado al déficit probatorio en la acreditación del hecho probado

La mayoría del tribunal, en el voto del juez Salvá al que adhirió el colega Romeo, para tener por acreditado el hecho imputado, señaló en lo pertinente lo siguiente:

“*Del cuadro probatorio resumido se desprende que la versión dada por el damnificado en su declaración realizada en sede judicial e incorporada por lectura en el debate se encuentra debidamente corroborada y es conteste con lo declarado por el personal policial, especialmente en el aspecto de haber sido víctima de un robo y en el tipo de agresión que sufrió. Asimismo corroboraron que se encontraba esperando a su novia que trabajaba en el Mc Donald’s y de la indisposición que sufrió producto de la agresión. Las actas de secuestro demuestran la existencia de los elementos mencionados por ____ HOG y el acta de detención determina que el autor de los hechos ha sido ___TJJ_____.-*

De esta forma no nos encontramos con los solitarios dichos de la víctima sino con cuadro probatorio sólido para poder afirmar que los hechos se han sucedido tal como fue relatado por la víctima.- La defensa se agravia por la incorporación por lectura de los dichos de la víctima y por la valoración que ha realizado el Sr. Fiscal General al momento de alegar.- Al respecto debo destacar que la incorporación por lectura de la declaración de ____ HOG se encuentra autorizada por el art. 391 punto 3 del CPPN ya que no ha podido ser habido pese a los denodados esfuerzos tanto del Tribunal como de la Fiscalía General.

A su vez no caben dudas que en la declaración en cuestión se han llevado a cabo todas las formalidades de la instrucción."

Y haciéndose cargo del problema que representa la incorporación de actas de la instrucción leídas en el juicio dijo:

"*Hay que tener en cuenta lo que surge del Fallo Benitez de la CSJN, en el punto 13 del voto mayoritario donde se expresa que "**…lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible…**".* (resaltado en el original)

Aclarando a continuación: *"Resulta necesario aclarar que cuando el suscripto incorpora por lectura la declaración cuestionada, en ningún momento dijo que habría de valorarla muy restringidamente, como afirma la defensa, sino que dijo que se incorporara sin perjuicio de la valoración que deba hacerse."*

*"La circunstancia de haber sido incorporada por lectura la declaración del damnificado no puede imposibilitar su valoración pues así los dispone el citado art. 391 del CPPN surgiendo de la doctrina del fallo Benítez que tal declaración puede ser tomada como elemento de cargo **en la medida que no sea la única prueba valorada para sustentar una condena. En la presente causa se ha valorado conjuntamente con distintos elementos de juicio que han resultado ser prueba de cargo.**"* (sin resaltado en el original)

Lo que está en discusión es la incorporación por lectura de los dichos de la víctima y el valor que se les debe otorgar. Efectivamente el artículo 391 invocado si bien, como principio general, establece bajo sanción de nulidad, que las declaraciones testificales no podrán ser suplidas por la lectura de las prestadas en la instrucción, también contempla excepciones. La del inciso 3° es la que aplica al caso en estudio y es la que, desde el fallo "**Benítez**" de la Corte[1], ha generado mayor discusión.

[1] Fallos 329:5556, del 12/12/2006.

La previsión establece que se podrá incorporar por lectura una declaración –en sentido amplio- que se produjo en la instrucción "*cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar*", pero lo que la Corte estableció en el precedente citado, y que la jurisprudencia posterior se encargó de desarrollar, son otras cuestiones relevantes, aparte de que con carácter general el que prestó la declaración se encuentre imposibilitado de hacerlo en el juicio, y ellas se pueden sistematizar de la siguiente manera:

a) en primer lugar, que la excepción es legítima constitucional y convencionalmente sin que llegue a representar un supuesto de lesión imposible de subsanar del punto de vista del derecho que tiene todo imputado a confrontar la prueba como derivado de la garantía de defensa en juicio de acuerdo a lo que surge de los arts. 18 de la CN, 8.2 (f) de la CADH y 14.3 (e) del PIDCP. Esto lo señalo, porque algunas posiciones extremas han considerado, desde una visión crítica a lo resuelto en el caso "**Benítez**", que la excepción en cuestión afecta *siempre* la garantía implicada, lo que ha sido bien rebatido[2], cuando se dan a su vez otras circunstancias.

b) La primera circunstancia a considerar es *si la declaración se pudo controlar, debidamente, en algún otro momento del proceso*; es decir: para que la incorporación de la declaración sea admisible y la sentencia se pueda fundar en ella "*en algún momento del procedimiento la defensa del imputado*" tiene que haber "*gozado de una oportunidad efectiva y útil de interrogar o hacer interrogar a los testigos que prestaron esas declaraciones*"[3], lo que debe ser analizado en cada caso.

[2] Ver lo dicho sobre el particular por Luis García acerca del libro de Daniel Carral, "*El derecho a confrontar los testigos de cargo*", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, en su recensión aparecida en la Revista de Derecho Procesal Penal, 2012-I, págs. 626 y sgtes..

[3] CFCP, Sala II, causa n° 8810, "**Pereyra**", voto del juez García, del 8/3/2010.

El voto del juez Salvá, que lidera la mayoría, se ocupa de esta cuestión descartando, a su criterio, que pueda existir un agravio en ese sentido de la siguiente manera:

"No he advertido cual ha sido el agravio concreto sufrido por la defensa al no haber podido interrogar a la víctima durante el debate ya que lo manifestado en cuanto a que podría haberlo confrontado con la versiones dada por el imputado relativa a que él habría sido el agredido no pueden ser atendidas."

Lo que se plantea en este análisis no es exclusivamente si la defensa estuvo presente o no en el acto en que se llevó a cabo el interrogatorio para confrontarlo, lo que permitiría, en principio, resolver el problema, sino, asimismo, demostrar el resultado y consecuencias que el interrogatorio cruzado podría haber arrojado para los intereses de la defensa, porque lo que la sentencia señala, por un lado, es que la defensa conocía los dichos de la víctima prestados en sede jurisdiccional y no solicitó confrontarlos.

La cuestión, contestando los argumentos de la defensa, se analiza de la siguiente manera: "*La declaración del damnificado de fs. 63 fue ordenada un 17 de marzo y llevada a cabo un 20 del mismo mes. Es decir que la defensa de haber compulsado la causa –que no se encontraba en secreto sumarial- hubiera tomado conocimiento de su realización y podría haber asistido a la misma. Recordemos que no existe ninguna manda procesal que ordene la notificación a la defensa de las declaraciones que se reciben durante la instrucción*" y, podríamos agregar, tampoco existe manda procesal alguna que obligue a la defensa a comparecer. Salvo que nos encontremos ante aquellos actos "*definitivos e irreproducibles*", que se extiende a los testigos "*que por su enfermedad u otro impedimento sea presumible que no podrán concurrir al debate*" como establece el art. 200, CPPN, no hay obligación de notificación durante la instrucción y, de ocurrir y no comparecer la defensa para efectuar el control correspondiente, su

incorporación, en principio, tampoco se vería legitimada en esa previsión.

En la mayoría de los casos no se da la situación de excepción y son esos supuestos los que plantean el mayor número de conflictos. Cuando el sumario no se encuentra en secreto, la declaración testifical ante el juez de instrucción o ante el agente fiscal cuando se aplica lo dispuesto en el art. 196, CPPN, aunque nada obsta a que se haga, no son notificadas a las partes. Frente a esta situación, que se repite en infinidad de sumarios, se detecta que en algunos casos los fiscales –incluso las querellas- solicitan que se cite a los testigos, con notificación a la defensa, para poder incorporar luego, en el debate, esos testimonios por lectura, lo que desnaturaliza, por un lado, el objetivo de abreviar, agilizar y hacer menos formalista la instrucción y, en proyección, afecta la etapa principal del procedimiento, por la oralidad e inmediación que debe existir en el debate en lo que hace a la valoración de la prueba que debe ser oída en ese contexto.

Reprocharle a la defensa, fuera de los supuestos del art. 200, CPPN, no haber concurrido a una declaración testifical que le fue notificada o, como en este caso, donde no se lo hizo, indicando que debió compulsar el expediente para, eventualmente, solicitar una ampliación de esa declaración para confrontarla, si bien resulta un dato a valorar, es un criterio que no contempla la estrategia que la defensa puede tener sobre cómo llevar a cabo su tarea, toda vez que de asistir estaría, anticipadamente, y de acuerdo a la lógica expuesta, "legitimando" la incorporación por lectura de esos dichos, lo que podría ir en contra del interés que representa, toda vez que es en la audiencia oral y pública donde el examen de la declaración debe llevarse a cabo, frente a los jueces que habrán de dictar la sentencia.

Lo que no puede ocurrir es que el derecho de defensa se vea afectado pero también, que la defensa no afecte el normal desarrollo del procedimiento en el marco del juego limpio que el proceso nos

plantea a efectos de lograr averiguar la verdad para concretar el derecho penal. En "Lucá vs Italia", del 27/2/2001, el TEDH, al analizar la aplicación de una versión similar de aplicación de la regla del inc. 3° del art. 391, CPPN, dijo que su uso inflexible no era correcto por razones de equidad ya que "transformaría la regla en un instrumento indiscriminado y sin agudeza, que va en contra del modo tradicional en que el Tribunal aborda la cuestión de la equidad general de los procedimientos, a saber, al pesar en la balanza los intereses concurrentes de la defensa, la víctima y los testigos, y el interés público en una efectiva administración de justicia." Pero esto debe analizarse en cada caso.

Ahora bien, la situación en este caso en concreto fue analizada de la siguiente manera:

"*TJJ, a su pedido, amplía la declaración indagatoria y realiza su descargo el 10 de abril, al cual se remite durante el debate. Es decir que tanto TJJ como su defensa tenían acabado conocimiento de lo referido por la víctima, y por lo tanto de haber existido alguna circunstancia que hayan necesitado aclarar, confrontar o preguntar podrían haber solicitado una ampliación de la citada declaración testimonial o un careo, lo que no hicieron.*"

Volviendo sobre lo dicho antes, reprocharle a la defensa que nada hizo antes del debate para confrontar los dichos del testigo no es pertinente, en tanto fue ofrecido como tal para el juicio, no sólo por la fiscalía (ver fs. 206/206vta.), sino también por el Sr. Defensor Oficial Dr. Mariano Maciel a fs. 207/207vta., lo que evidencia la intención de esa parte de hacerlo en ese momento. Si el testigo _____HOG_____no compareció al juicio no es algo reprochable a las partes, porque se trata –hasta donde se puede analizar- de una circunstancia fortuita, imprevista para ellas, extensiva especialmente al fiscal, que tiene a su cargo el *onus probandi*, pero que por razones igualmente ajenas a él el testimonio no pudo ser valorado en la audiencia.

Respecto del debido control en otro momento del proceso, el tribunal señala que: "*Es así que ha quedado debidamente demostrado que durante el debate no se ha introducido ninguna cuestión o contradicción que no existiera ya durante la instrucción por lo que no se advierte cual ha sido la concreta afectación del derecho de defensa,* ***ya que ésta ha tenido posibilidad de control durante la instrucción****. De ésta forma los agravios de la defensa no habrán de prosperar.*" (sin resaltado en el original)

Frente a esta situación objetiva, de incomparecencia del testigo, la incorporación por lectura de lo que declarara en la instrucción, solicitada por la fiscalía -a lo que la defensa se opuso-, y que fue utilizada como prueba de cargo en su alegato, no es legalmente plausible porque no fue debidamente controlado por la defensa "en otro momento del proceso" y, por ello, no es aplicación al caso lo establecido en el inciso 3° del artículo 391, CPPN, por lo que la defensa lleva razón y esa prueba debe ser excluida.

c) Lo que se plantea a continuación es la valoración que se debe hacer del resto de las otras pruebas ventiladas en el juicio porque, corresponde resaltarlo, si bien el testimonio de la víctima que se excluye es, obviamente, importante, no *es el único y decisivo* que el tribunal utilizó para llegar a atribuir a TJJ el hecho que se le reprocha en perjuicio de _____HOG_____. El inicio de esta investigación no se originó exclusivamente en su denuncia, sino en la tarea de prevención llevada a cabo por personal policial que, al ser advertido de una situación de mutua agresión entre dos personas en la vía pública, interviene para hacerla cesar y puede ver cómo TJJ le arrojaba una piedra a ____ HOG, siendo informado por éste y demás personas presentes qué había acontecido. Ese es el relato del Sgto. Bresciani que se encuentra volcado ya a fs. 1/2 y que, controlado y valorado en el juicio donde concurrió a prestar declaración testimonial, fue ratificado, pero sin recordar certeramente

qué había ocurrido y constituye un elemento de cargo que la mayoría utiliza para avalar la versión de la víctima incorporada por lectura.

Frente a esta situación nos debemos plantear cuál es la entidad que tiene la versión de descargo formulada. El tribunal lo trató de la siguiente manera:

"*La versión dada por el imputado en su descargo ha sido que se cruzó con el damnificado y éste lo insultó y ahí le arrojó una baldosa en las piernas para luego comenzar a forcejear. Reconoce que tenía una botella de cerveza en la mochila y que la policía la rompió. Por lo tanto las contradicciones entre la víctima y el imputado se centran en que el primero refiere que lo intentó robar y el segundo expresa que fue agredido no sabiendo por qué motivo.*"

Y agrega:

"*El relato ensayado por TJJ resulta inaceptable pues no se advierte porque motivo ___ HOG habría de agredirlo cuando ni lo conocía y se encontraba tranquilamente esperando a su novia. El imputado no ha manifestado ninguna situación conflictiva que hubiese ameritado una reacción de la víctima, como ser habérselo llevado por delante, haberle solicitado dinero, etc.*

La otra versión introducida por la defensa en cuanto a que posiblemente la víctima habría sido quien intentó robar al imputado y que ante la intervención policial dio otra versión, resulta al menos fantasiosa pues no resulta serio sostener que ___ HOG mientras esperaba a su novia en la calle intentara sustraer algún objeto de TJJ y luego seguir esperándola en el mismo lugar.

En relación a la declaración de la víctima y a los fines de restarle credibilidad, la defensa ha puntualizado algunos errores. El primero sobre que el objeto utilizado por TJJ habría sido un cuello de botella cuando en realidad fue la base de la misma. Sinceramente, a mi juicio, resulta una diferencia irrelevante que pudo tratarse de un simple error de apreciación. Por otra parte hace referencia a que recibió un golpe con un adoquín cuando lo que se

secuestró fue una baldosa. De la lectura de la declaración de fs. 3 se desprende claramente que hace referencia a una baldosa, lo que me exime de mayores comentarios al respecto.

Afirma la defensa que la Policía al ver el forcejeo entre ____ HOG y TJJ cree la versión del primero porque al segundo ya lo conocían, pero no surge de ningún elemento probatorio ese conocimiento.

Por todo lo expuesto debo concluir que la versión dada por _____HOG_____se encuentra debidamente corroborada por las declaraciones de Bersciani y Giménez como así también por las actas de secuestro y detención ya referidas, siendo que la defensa ensayada por el imputado en su declaración indagatoria a la cual se remitió durante el debate, no resulta en nada creíble a la luz de los distintos elementos probatorios mencionados."

Frente a esta presentación de la cuestión se debe establecer si, como se sostiene en el recurso, se afectó el derecho de defensa de TJJ frente a lo relatado por los policías Bresciani y Giménez en la audiencia.

El juez de la Fuente, en minoría, luego de descartar, como aquí se propone, la declaración que se incorporó por lectura, al valorar el resto de la prueba señaló lo siguiente:

"*Los testimonios de los funcionarios policiales intervinientes no aportaron elementos de suficiente entidad como para acreditar la imputación de robo que se ha efectuado, más allá de toda duda razonable".*

Respecto del testigo Giménez, conforme lo que ocurriera en la audiencia, señaló que:

"Recordemos que el Cabo 1º Fabián Giménez concurrió a prestar declaración en el debate, pero no recordaba nada del hecho. Simplemente dijo que sí se acordaba que llamaron a la ambulancia y que la gente les pidió que pararan debido a que se había cometido un robo, pero aclaró que él no presenció lo ocurrido. Incluso, afirmó

que el damnificado relató que se trató de un robo, pero no pudo precisar si era la mochila o el celular. En consecuencia, es claro que este funcionario policial no aportó elementos relevantes, no sólo porque no presenció el supuesto robo, sino que había olvidado aspectos centrales del suceso".

Y en cuanto al funcionario policial que es convocado por "las personas que se encontraban en el lugar" y llega en primer término dijo:

"Por su parte, el Sargento Gustavo Bresciani sólo pudo recordar que presenció la agresión de una persona contra otra y que la víctima tenía dolor en el pecho, razón por la cual requirieron la presencia de una ambulancia, pero en cuento al robo, sólo manifestó que el presunto damnificado dijo que el imputado le había querido robar".

Y concluye: *"Es decir, de acuerdo a lo que manifestaron en el juicio, ninguno de los funcionarios policiales pudo observar el robo que se le atribuye a TJJ, sino que sólo vieron una situación de agresión física y, respecto al intento de desapoderamiento, se basaron exclusivamente en lo que expresó el damnificado, pero como hemos visto no pudo ser convocado al debate.*

En el contexto de la imputación que se le dirige a TJJ razona de la siguiente manera: *"No hay que perder de vista que lo que se atribuye específicamente en el caso a TJJ es el delito de robo con armas (art. 166, inc. 2, primer párrafo, C.P.) y, sin embargo, las pruebas producidas durante el juicio únicamente han podido reconstruir una agresión física de una persona contra otra, cuyos motivos u origen realmente no sabemos. Incluso es posible que se haya empleado una piedra o un trozo de botella en el marco de la pelea o la agresión, pero ello de ninguna forma es suficiente para demostrar la imputación que se le ha formulado a TJJ"* con lo que se pone en crisis la subsunción del hecho que se le atribuye que, para poder sostenerse, requeriría de otro sostén probatorio.

Y agrega: *"Es evidente que el tipo penal por el que fue sometido a juicio el imputado exige la plena demostración del dolo propio del robo –el fin de desapoderamiento y de apoderamiento ilegal–, lo que en el caso no pudo ser suficientemente acreditado. O mejor dicho, únicamente podría demostrarse a partir de un testimonio prestado en instrucción, pero sin control de la defensa. Por el mismo motivo, tampoco se pudo probar que los elementos secuestrados –un pedazo de botella y una piedra– hayan sido efectivamente utilizados como arma para lograr el desapoderamiento de elementos de valor",* otorgándole al testimonio incorporado por lectura la entidad que tiene ya que, al ser excluido, frente a lo declarado por los testigos en el juicio conforme lo que surge del acta del debate, donde se dejó constancia de que Bresciani no recordaba con certeza qué era lo que la había dicho ____ HOG –en particular fs. 291/291vta-, la acusación pierde apoyo probatorio para acreditar la subsunción que se le otorga al altercado que se produjo entre el imputado y ____ HOG. No se descarta que hubo un altercado entre ambos, lo que se descarta, por déficit probatorio, es que se pueda deducir de la prueba ventilada en la audiencia que la conducta de TJJ consistió en un intento de *robo con armas*, con la discusión posterior que deberíamos realizar por el concepto de arma impropia empleado.

d) Más allá de ello, asimismo, para concluir en que nos encontramos ante un supuesto de duda insuperable, y aunque esto tendría que haber sido de tratamiento previo, el voto minoritario señala que:

"Sin perjuicio de lo expuesto, existen dos cuestiones adicionales que fueron introducidas por el Sr. Defensor Oficial que adquieren especial importancia e incrementan las dudas que se presentan en el caso. Por un lado, se ha demostrado que ___TJJ_____ se hallaba alcoholizado al momento de los hechos (ver informe de fs. 218, que se incorporó por lectura al juicio), a lo que

cabe agregar las características de personalidad que se mencionan en el informe médico–forense de fs. 239/240. No se trata de un dato menor, pues en esa situación es posible que la agresión física observada, al menos por el policía Bresciani, haya tenido un origen en el propio estado psíquico en el que estaba el acusado, de modo que la situación no puede ser contemplada según parámetros normales. Además de ello, también se debe señalar que, conforme al informe médico legal de fs. 25, incorporado al debate, ___TJJ_____ presentaba excoriación en la frente, tabique nasal y codo izquierdo, lo que también permite dudar respecto de lo realmente sucedido".

Queda claro que no descarta que hubo un altercado, porque el testigo Bresciani lo pudo ver, lo que se corrobora por las lesiones que también tenía el imputado al ser detenido, pero por el grado de alcohol en sangre que tenía TJJ descarta que podría haber actuado dentro de "parámetros normales" para poder ser reprochado en punto a su culpabilidad por el hecho atribuido.

Debe tenerse presente que en la sentencia, la mayoría del tribunal descartó que las conclusiones sobre el grado de alcohol en sangre que el médico forense Máximiliano Luna informara a fs. 218, que da cuenta de que su grado de alcoholemia al momento del hecho equivalía a 2,04 gr. por mil cc. de sangre del causante, pudiera ser valorado en el caso como lo propuso la defensa en el sentido en que se expuso en el voto de la minoría.

Debe recordarse que, de acuerdo a los protocolos existentes al efecto, la cantidad detectada se ubica en el 2º Grado de alcoholemia, que es 2 a 3 gr. X ml y se diferencia del 1° Grado, en los distintos efectos que en cada persona puede llegar a tener donde, en general, para determinarlo, debe practicarse un análisis clínico de aquel al que se le detecta. Pero, en líneas generales, se caracteriza por trastornos neuromotores, en particular dificultad para caminar, profundas y

graves alteraciones de la conciencia y automatismo, lo que determina que no se sepa qué se hace debidamente.

La mayoría se apoya en su experiencia personal frente a esta clase de casos e informes que se recibieron en otro asunto sobre la forma en que se determina, en cada caso, la imputabilidad de un autor. Ello no habría ocurrido en este asunto por ser escueto el informe de fs. 218, y sin perjuicio de que la carga de la prueba pesa sobre la fiscalía, le reprocha a la defensa que, de querer extraer otras conclusiones debió haber requerido una junta médica o la convocatoria de la médica legista Ragaglia que completó el formulario, en sede policial, conforme surge de fs. 44 o al que produjo el informe del Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 50/52. De su lectura se desprende que al 16 de marzo, es decir, dos días después, se realizó una "acotada evaluación", a fin de establecer "en forma precaria", si TJJ se encontraba en condiciones de prestar declaración indagatoria, para descartar una eventual aplicación de la previsión de la primera parte del art. 34 del CP. Todo esto nada aporta acerca del estado de imputabilidad en que se habría encontrado al momento del hecho, donde cobra relevancia el informe de fs. 218 que es relativizado por estos otros informes que no tienen entidad, unido a la información obrante a fs. 237/241 que se incorporó por lectura el día que se inició la audiencia de debate –cfr. acta de debate, en particular fs. 290/290vta.-, y que fue bien desarrollada y valorada en el voto en minoría. De esa información surge que se trata de una "persona afectada por un trastorno de la personalidad con impulsividad y disocialidad al cual asocia dependencia severa de sustancias psicoactivas", recomendándose en las conclusiones un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación, lo que no permite afirmar, con el grado de certeza que un pronunciamiento de condena requiere, que TJJ haya obrado con un estado de conciencia tal que permita ser

reprochado en la forma en que se lo hace por el altercado en el que tuvo intervención.

Por último, y ocupándose de lo que atañe a quién/quiénes son los que tienen a su cargo el *onus probandi*, destaca:

"Finalmente, no puede dejar de considerarse otro dato fundamental. En efecto, sobre todo de la declaración del policía Giménez se desprende que las personas que estaban en el lugar solicitaron su intervención y aludían a la comisión de un robo. Sin embargo, es llamativo que no se haya convocado a ningún testigo que haya visto lo que realmente ocurrió. Es decir, si de las propias manifestaciones de los policías se desprende que había otras personas en el lugar, es claro que se los debió haber convocado como testigos y dicha omisión no puede perjudicar al imputado. En definitiva, nos encontramos frente a un supuesto delito de robo que habría sido visto por varias personas y únicamente se pudo contar en el debate con dos testimonios de funcionarios policiales que no lo presenciaron y ni siquiera pudo escucharse a la persona damnificada."

Por todo ello, no puedo menos que coincidir con el criterio adoptado por el voto en minoría y concluir en que, por aplicación del principio constitucional de inocencia el recurso interpuesto es procedente, se debe casar la sentencia, y absolver al imputado TJJ por el hecho, por aplicación del principio del *in dubio pro reo* (art. 3 del CPPN), disponiéndose la inmediata libertad del imputado, por lo que deviene abstracto el tratamiento y análisis de las restantes cuestiones planteadas en el marco del recurso. Así voto.

El juez Horacio L. Días dijo:

Adhiero al voto del juez Bruzzone.

El juez Luis M. García dijo:

1.- La Defensa Pública se agravia de que el *a quo* ha valorado en la deliberación y tomado en cuenta para formarse su convicción

sobre el hecho de la acusación, la declaración que HOG, presunto damnificado, había prestado en la etapa de instrucción, documentada en el acta de fs. 35/35 vta.

Consta en el acta del debate que el tribunal oral, a instancias de la fiscalía, y no obstante la oposición del Defensor Público, había autorizado -por mayoría- la incorporación por lectura del acta de declaración testifical, por aplicación del art. 391 CPPN. Según allí se asentó, la defensa había señalado que no había podido controlar esa declaración, y que se trataba de la única prueba de cargo. Con cita de la sentencia de la Corte Suprema publicada en Fallos: 329:5556 ("*Benítez, Aníbal Leonel*"), había reclamado que debe garantizársele la posibilidad de interrogar y controlar la prueba de cargo, que se afectaba el principio de igualdad, puesto que la Defensa no había podido interrogarlo, y que se encontraban comprometidos los principios de inmediación, oralidad y contradicción. Había sostenido que la única oportunidad adecuada de control era el debate, y que la incorporación del acta en la audiencia vulneraría la defensa en juicio. Invocaba también que la inadmisibilidad de la incorporación surgía del art. 8 CADH, que éste debía prevalecer sobre el art. 391 CPPN, y destacaba que ni el imputado ni la defensa habían sido notificados en tiempo oportuno de la convocatoria a declarar. Consta también en el acta del debate que la mayoría del Tribunal Oral consideró que estaban reunidas las circunstancias del artículo 391, inc. 3, CPPN, porque el testigo _____HOG_____"no pudo ser habido"; declarando al respecto que el precedente de la Corte Suprema invocado por la defensa "no impide la incorporación sino que se refiere a la valoración de la prueba". A continuación el defensor hizo constar su reserva de recurrir en casación (fs. 292 vta./293).

El Tribunal Oral, por mayoría de dos de sus jueces, condenó en definitiva a ___TJJ_____ como autor del delito de robo agravado por su comisión con arma, en grado de tentativa, y le impuso la pena

de tres años de prisión y costas. Según surge de los fundamentos de la sentencia dictada, el juez de primer voto que concitó la adhesión del de segundo voto, amplió los fundamentos de la decisión de admisión de prueba que ya había sido tomada en la audiencia. En particular se declaró que la incorporación por lectura de _____HOG_____"se encuentra autorizada por el art. 391 punto 3 del CPPN ya que no ha podido ser habido pese a los denodados esfuerzos tanto del Tribunal como de la Fiscalía General". Se afirmó que en la recepción de esa declaración se habían respetado las formalidades de la instrucción, y se remitió a un pasaje de un considerando del voto mayoritario en "*Benítez, Aníbal Leonel*", en cuanto allí se expresa que "lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible". Se afirmó también que "la circunstancia de haber sido incorporada por lectura la declaración del damnificado no puede imposibilitar su valoración pues así lo dispone el citado art. 391 CPPN surgiendo de la doctrina del fallo Benítez que tal declaración puede ser tomada como elemento de cargo en la medida que no sea la única prueba valorada para sustentar una condena". A continuación se declaró que "En la presente causa se ha valorado conjuntamente con distintos elementos de juicio que han resultado ser prueba de cargo".

A continuación rechazó la queja de la defensa en punto a que no había tenido posibilidad de interrogar a la presunta víctima. A este respecto relevó el tiempo transcurrido entre la fecha en que se había ordenado la declaración testifical y la fecha de su recepción y señaló que "la defensa de haber compulsado la causa -que no se encontraba en secreto sumarial- hubiera tomado conocimiento de su realización y podría haber asistido a la misma", destacando que "no existe ninguna manda procesal que ordene la notificación a la defensa de las declaraciones que se reciben durante la instrucción". Observó también que el imputado había ampliado su declaración después de recibida la

declaración del testigo, por lo que "tanto TJJ tenían como su defensa acabado conocimiento de lo referido por la tanto víctima, y por lo de haber existido alguna circunstancia que hayan necesitado aclarar, confrontar o preguntar podrían haber solicitado una ampliación de la citada declaración testimonial o un careo, lo que no hicieron". Concluyó el juez de primer voto que "ha quedado debidamente demostrado que durante el debate no se ha introducido ninguna cuestión o contradicción que no existiera ya durante la instrucción por lo que no se advierte cuál ha sido la concreta afectación del derecho de defensa, ya que ésta ha tenido posibilidad de control durante la instrucción. De esta forma los *agravios* de la defensa no habrán de prosperar" (confr. fundamentos, especialmente fs. 315/315 vta., cursiva agregada). Sin perjuicio de que la decisión de admisión había sido tomada en la audiencia, es pertinente abordar el examen de la fundamentación considerando también la ampliación de fundamentos hecha en la sentencia, que de hecho implicó un reexamen de la admisibilidad.

El art. 391, inc. 3, CPPN permite la incorporación por lectura de las declaraciones testificales recibidas en la instrucción, entre otros supuestos, cuando se ignorare la residencia del testigo. No hay disputa en punto en que no fue posible hacer comparecer al debate a _____HOG_____, ni se alega que no se hubieran agotado los esfuerzos para ubicar su lugar de residencia y citarlo, ni tampoco se disputa que se diese el supuesto de hecho del art. 391, inc. 3, CPPN. En rigor, no se trata aquí de determinar si el procedimiento de incorporación del acta de fs. 63/63 vta. fue regularmente realizado conforme la ley procesal que rige al caso sino, antes bien, de examinar si en las circunstancias de este proceso la incorporación por lectura ha afectadoel ejercicio de los poderes de defensa.

A este respecto, el recurrente invoca los arts. 8.2, letra f, de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto comprende

entre los derechos de toda persona imputada de un delito el "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos"; ha invocado también el art. 14.3, letra e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto reconoce a todo acusado de un delito el derecho "a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo". Las disposiciones citadas son pertinentes para la solución del caso, en tanto están comprendidas entre las garantías mínimas del proceso equitativo en cuanto respecta a todo inculpado o acusado de un delito.

La Corte Suprema se ha ocupado del alcance de esas disposiciones en el caso de Fallos 329:5556 ("*Benítez, Anibal Leonel*"). Allí subrayó el deber que tiene el Estado de dar oportunidad al imputado o a su defensa de interrogar a los testigos de cargo. Así sostuvo que "[e]l hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal" y agregó "[d]e allí que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba", pues "desde este punto de vista, lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado" (con cita de la sentencia del TEDH, caso "*Unterpertinger vs. Austria*", serie A, vol. 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. § 31). En la

sentencia recurrida se ha tomado de modo recortado y fuera de contexto esta última frase, y se la ha vaciado de sentido, infiriendo una autorización de lo que es una restricción.

Antes de ahora me he pronunciado en variadas ocasiones sobre este punto (confr. mis intervenciones como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 8406, "*Suárez, Carlos A. y otros s/rec. de casación*", rta. 08/10/2008, reg. n° 13.298; y especialmente causa n° 8810, "*Pereyra, Guillermo s/ recurso de casación*", rta. 08/03/2010, reg. n° 16.057).

En síntesis he sostenido que, si no se ha ofrecido a la defensa una oportunidad útil y efectiva para interrogar o hacer interrogar a eventuales testigos de cargo que ya no están disponibles para ser interrogados en la audiencia de juicio, entonces sus declaraciones no controladas por la defensa no pueden ser tomadas como base de la sentencia, lo que no implica necesariamente que la sentencia que las tenga en cuenta deba ser revocada o anulada. En definitiva se trata de examinar cuál es el peso relativo que pudieron haber tenido esas declaraciones para la convicción de condena.

Por cierto, si se tratase de un caso análogo al que falló la Corte Suprema *in re* "*Benitez*", donde ésta relevó que "prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación fue incorporada por lectura", la revocación de la sentencia sería imperativa, sin embargo ello no impone una regla general y exige una evaluación caso por caso.

La Corte Suprema, sin embargo, no ha sentado una regla absoluta de inadmisibilidad, y ha indicado abordar de manera más tópica, el examen del peso que han tenido para la formación de la convicción de condena las informaciones proporcionadas por el testigo respecto del cual la defensa no ha tenido oportunidad útil de confrontar.

Es necesario detenerse sobre este punto de la sentencia del caso "*Benítez, Anibal Leonel*", en el que la Corte relevó que en aquel caso

los testimonios habían constituido la base principal de la acusación, que de los fundamentos de la sentencia recurrida surgía con claridad que las actas leídas habían dado sustento al rechazo de los descargos del imputado (consid. 10), y que prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación había sido incorporada por lectura, lo que eximía a la defensa de la carga de demostrar que, excluida las declaraciones testimoniales cuya incorporación por lectura se cuestionaba, la restante prueba colectada impediría alcanzar certidumbre acerca de la forma en que sucedieron los hechos y respecto de la participación penalmente responsable del imputado (consid. 12). En otros términos, la Corte ha señalado, de manera concluyente, que los elementos de convicción obtenidos e incorporados al debate sin haber dado a la defensa oportunidad de control suficiente, deben ser excluidos de la base probatoria, y no es necesario exigir demostrar la incidencia de la supresión cuando prácticamente la totalidad del material probatorio producido ha sido incorporado en esas condiciones. Al contrario se infiere que esa demostración sería exigible a la defensa si el material probatorio disponible fuera múltiple y complejo.

Este abordaje se encuentra próximo al estándar designado como "*sole and decisive rule",* desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para la aplicación del art. 6.3 de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre a partir del caso "*Doorson vs. Países Bajos*" (Recueil 1996-II), y en su formulación más actual en la sentencia "*Al-Khawaja y Tahery vs. Reino Unido*" (Gran Cámara, sent. de 09/11/2011). Según ese estándar, si la condena del imputado está basada solamente, o principalmente, en la declaración de un testigo que el acusado no ha podido interrogar en ninguna etapa de los procedimientos, entonces sus derechos de defensa han sido indebidamente restringidos (sent. citada, §§ 122-124). Al respecto ha aclarado el TEDH que, mientras

que el término “sola” en el sentido de “única” prueba en contra del acusado no parece dar lugar a dificultades para la aplicación del estándar, el término “decisivo” o “determinante” exige precisión. Ha dicho que “en este contexto *decisivo* (o *determinante*) significa más que *probatorio*, significa más que eso, esto es, que sin esa prueba las chances de una condena cederían, y las chances de una absolución progresarían” (sent. citada, § 131). De suerte que lo relevante es determinar si se hubiese podido llegar a la convicción sobre la culpabilidad sin el uso de las declaraciones respecto de las cuales la defensa no ha gozado de oportunidad útil de control.

Sentado cuál es el estándar aplicable, resta por determinar cuál es la naturaleza del control de la prueba testifical que garantiza los derechos de la defensa, y cómo se juzga si en el caso la defensa ha tenido una oportunidad útil de control. La sentencia del caso “*Benítez*” se refiere al “control” de la prueba testifical, pero no sienta ninguna regla nítida sobre esta cuestión.

Es útil destacar aquí que, tanto el art. 6.3, letra d, CEDH, como los arts. 14.3, letra c, PIDCP, y 8.2, letra f, CADH, conceden al imputado o a su defensa un derecho de “interrogar” o “hacer interrogar” a los testigos, y no meramente un derecho de contradecir o poner en cuestión sus dichos por otra vía que no sea el interrogatorio. El TEDH, en el caso “*Barberà, Messegué y Jabardo vs. España*”, ha sostenido con respecto al derecho del art. 6.3.d CEDH, que esa disposición “implica no solamente la existencia, en la materia, de un equilibrio entre la acusación y la defensa [...] sino también que la audición de los testigos debe, en general, revestir un carácter contradictorio" (Serie A, vol. 146, § 78). A ese respecto no basta la posibilidad de alegar o someter las declaraciones a la confrontación crítica con otros elementos. En otros casos el TEDH ha señalado que “sin poner en duda que los tribunales domésticos han llevado a cabo un examen cuidadoso de las declaraciones del [testigo] y han dado al

peticionario una oportunidad de contestarlas en el juicio, [...] esto difícilmente puede ser considerado un sustituto adecuado de la observación personal del testigo principal cuando el testigo da su evidencia oral" ("*Vladimir Romanov v. Rusia*", petición n° 41461/02, § 105, sent. 24/07/2008; "*Bocos-Cuesta v. Países Bajos*", petición n° 54789/00, § 71, sent. 10/11/2005; ver tb. "*Hulqui Güneş c. Turquía*", 28490/95, sent. 19/6/2003, § 95).

De modo que, si se trata de un derecho de interrogar o hacer interrogar, que no se satisface con la mera posibilidad de contestar o poner en cuestión las declaraciones leídas en el juicio, se plantea un problema específico adicional cuando la ley doméstica prevé la lectura por imposibilidad del Estado de interrogar al testigo. Así, ha dicho el TEDH que "el hecho de que el derecho nacional prevea que, frente a la imposibilidad de reiterar un acto ya realizado en el curso de las investigaciones preliminares, sean leídas y utilizadas por el juez las declaraciones formuladas antes de los debates [...] no puede privar al inculpado del derecho que le reconoce el art. 6 § 3 d, de examinar o hacer examinar de manera contradictoria todo elemento de prueba sustancial de cargo" ("*Bracci v. Italia*", 36822/02, sent. 13/10/2005; §§ 59, 60).

Cómo juzgar si en el caso el acusado o su defensa han tenido una oportunidad útil de interrogar o hacer interrogar en alguna etapa del procedimiento al testigo que no se presenta en el juicio, es una cuestión problemática, que exige un examen tópico, porque no hay una regulación legal exhaustiva que se refiera a la posibilidad de esa interrogación.

El *a quo* ha establecido, de modo implícito, una solución que reposa en la idea de que la defensa tiene la carga de promover la interrogación del testigo durante la instrucción. Esa carga procesal no tiene base normativa, y además, si tal carga se estableciese de modo general, desnaturalizaría el objeto de la investigación preliminar o de

la instrucción, y peor aún, el del juicio. El objeto de la primera etapa no es determinar si se ha cometido un delito, o si el imputado debe responder por ese delito; su objeto es decidir si hay elementos de convicción suficientes para llevar adelante una acusación y un juicio en su contra. Pertenece al objeto del juicio determinar si el imputado ha cometido el delito del que se lo acusa, si debe responder por él, y en qué medida. Esto explica que no esté establecida en ninguna regla la presencia *necesaria* del imputado o su defensa en todos los actos de la instrucción, o de la investigación, porque el imputado no tiene ninguna carga de cooperar para decidir si hay elementos objetivos suficientes para llevar adelante una acusación y un juicio. Pueden ellos participar en los actos de esa etapa para los que la ley los autoriza (p. ej. arts. 200, 201 y 202), y su presencia es obligada sólo para actos puntuales (p. ej. arts. 107, 197 y 294 CPPN). Puesto que la carga de justificar que hay elementos para promover una acusación y el juicio corresponde por la ley al acusador, la inactividad o ausencia de la defensa o del imputado en los actos en los que la ley no exige su actividad o presencia no puede ser entendida como renuncia al derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos oídos en esa etapa por el juez o la fiscalía. Por excepción, la renuncia puede inferirse de modo concluyente cuando la defensa declina participar de la recepción de declaraciones testificales bajo el procedimiento excepcional de prueba anticipada (arts. 200, primer párrafo, *in fine*, y 357, primer párrafo, *in fine*, CPPN). En esos casos el procedimiento excepcional se legitima por la inferencia fundada de que el testigo ya no estará a disposición en la audiencia de juicio, y la defensa es advertida de que, posiblemente sea ésta la única oportunidad útil de interrogarlo. En los demás casos, no puede predicarse la existencia de una regla general abstracta según la cual toda declaración del testigo que declara durante la investigación podrá eventualmente ser utilizada en el juicio si el testigo se ausenta o no está ya disponible, e inferir de

ello que carga la defensa con participar en toda declaración de la instrucción, o la de promover un nuevo interrogatorio durante la instrucción si no hubiese participado de la declaración inicial. La existencia de una regla tal sólo podría entrar en consideración si se desnaturalizase el objeto del juicio, y este no consistiese ya en determinar si el imputado ha cometido un delito y debe responder por él, sino en confirmar o revocar las determinaciones de hecho y jurídicas de la etapa de instrucción. En otros términos, sólo si se admitiese que el juicio fuese una suerte de revisión del resultado de la instrucción. Esto es inconciliable con el art. 18 CN.

Tal desnaturalización transpira en el voto mayoritario de la sentencia recurrida. Se afirma que la defensa habría tenido oportunidad de conocer la existencia de la orden de recepción de declaración de la presunta víctima con sólo consultar las actuaciones, que podría haber pedido se autorizase la asistencia de la defensa a la declaración, que el imputado al ampliar su declaración tenía pleno conocimiento de los dichos de la presunta víctima, y que podrían haber pedido la ampliación de la declaración testifical o un careo si hubiese habido alguna circunstancia que hiciese necesaria alguna aclaración, confrontación o pregunta. En síntesis, se pone a cargo de la defensa de modo general que -por propia iniciativa- pida asistir a la declaración del testigo, o pida la ampliación de su declaración, o un procedimiento de careo, y se le carga la consecuencia de que, si no lo hiciese, toda declaración del testigo, en la que no hubiese tomado parte, o cuya ampliación o confrontación no hubiese promovido durante la instrucción, podrá ser usada en juicio si el testigo no se presenta. Esto entra en la lógica errada de que el juicio no es el juicio, sino la revisión o confirmación del resultado de la instrucción, esto es -una suerte de anómala instancia de impugnación-. Las palabras traicionan lo que no se osa decir abiertamente, y ello se insinúa en el lenguaje empleado en el primer voto. Se concluye allí que “los

agravios de la defensa no habrán de prosperar" (fs. 315/315 vta.). El *a quo* no intervenía sin embargo como jurisdicción de impugnación y de reparación de agravios, sino como tribunal de juicio, ante el que no se había concretado aún un agravio concreto a la defensa, pues si algún agravio hubo de materializarse, esto habría tenido lugar recién con la sentencia de condena y no antes, en cuanto ésta se hubiese apoyado en un elemento de prueba cuya admisibilidad la defensa había rechazado. Hasta ese momento, la defensa no tenía un agravio actual.

De suerte, pues, que no basta con afirmar la posibilidad teórica de que la defensa hubiese podido asistir a la declaración, o promover su ampliación o confrontación, la posibilidad sólo es efectiva y útil si de hecho la defensa ha participado en alguna etapa del proceso en la audición del testigo, con posibilidad real de interrogarlo, o cuando se ha advertido a la defensa que están presentes en el caso circunstancias que permitirían realizar la recepción de prueba anticipada para el juicio (art. 200, primer párrafo, *in fine*, CPPN), y ésta declina tomar parte en la recepción de la declaración.

Ninguno de los dos supuestos se presenta en este el caso.

De estos desarrollos se concluye que -según la doctrina de la Corte Suprema- la afectación al derecho del imputado y de su defensa de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo no consiste, necesariamente, en que se admita en el juicio la lectura de declaraciones prestadas en etapas anteriores sin haber asegurado a alguno de éstos, en el momento de recepción de la declaración, o en algún momento ulterior, la posibilidad útil de interrogar o hacer interrogar a quienes declararon antes del juicio. El agravio se realiza cuando la sentencia funda su convicción sobre la participación y culpabilidad del imputado en esas declaraciones.

2.- Aplicando ese estándar al presente caso, observo que la defensa no ha participado en el acto de recepción de declaración testifical a _____HOG_____, y que esa declaración no fue

recibida bajo el procedimiento de producción anticipada de prueba, a tenor del art. 200 CPPN, de modo que se impusiese la notificación a la defensa, y la consecuente carga de tomar parte en el acto.

Ahora bien, según la doctrina de la Corte, la falta de participación de la defensa no lleva necesariamente a la revocación de la sentencia, si los demás elementos de prueba disponibles para la deliberación, producidos regularmente en la audiencia, sin objeción de las partes, resultan suficientes para sostener la convicción sobre los hechos de la acusación y sobre la culpabilidad del acusado. De tal suerte, si aun excluyendo la declaración del señor HOG el sentenciante no podría haber llegado a un convencimiento sobre los hechos distinto de aquél al que en definitiva llegó, no habría razón para la revocación de la sentencia impugnada. Sin embargo, eso no sucede en el caso de autos.

El *a quo* expresó que tenía por probado el hecho atribuido a ___TJJ_____ -haber interceptado a _____HOG_____, esgrimiendo en su mano derecha parte de una botella de vidrio rota, y en la otra una baldosa y haberle exigido la entrega de dinero y de su teléfono celular, bajo amenaza de matarlo, y haberle colocado la fracción de vidrio en el pecho- a partir de: a) la declaración de _____HOG_____asentada en el acta de fs. 63; b) la declaración del Sargento Primero Gustavo Bresciani; c) la declaración del Cabo Primero Fabián Giménez; d) el acta de detención que identifica al imputado; e) el acta de secuestro de la baldosa y el fragmento de botella; f) las fotografías de fs. 9 y g) el informe que describe el trozo de botella y sus bordes filosos (fs.- 314/314 vta).

El *a quo* ha afirmado que “del cuadro probatorio resumido se desprende que la versión dada por el damnificado en su declaración realizada en sede judicial e incorporada por lectura en el debate se encuentra debidamente corroborado […]”.

Realizado el examen casatorio en los términos del estándar fijado por la Corte Suprema en Fallos 328:3399 ("*Casal, Matías Eugenio*"), encuentro que transpira de los fundamentos de la sentencia que la declaración del señor HOG, incorporada por lectura, fue el fundamento dirimente de la imputación de responsabilidad dirigida contra ___TJJ_____, pues sólo aquél habría dado una versión del intento de despojo de dinero y del teléfono, y tal como el propio tribunal reconoce. El resto de los testigos sólo presenció ciertos tramos -ora del forcejeo, ora posteriores-, de modo que la versión del primero, que no ha podido ser oído como testigo en el juicio, se erige como el único elemento en el cual se apoya la atribución de responsabilidad dirigida al imputado y que permite enhebrar los demás elementos de juicio en un relato de despojo violento, o intento de despojo violento.

Según se asentó en el acta de la audiencia el suboficial de policía Gustavo Bresciani, que se presentó al juicio, no pudo evocar precisiones sobre lo que había presenciado. Inicialmente no recordaba el hecho, y después evocó que vio a una persona que propinaba golpes a un masculino, que había uno en el suelo y otro exaltado que propinaba golpes, y que el que estaba en el suelo se quejaba de un dolor en el corazón. Evocó que el otro arrojó una piedra y que el que estaba en el suelo decía que el otro le quería robar las pertenencias. Se refirió al secuestro de un fragmento de baldosa y de "la parte trasera" de una botella. Se asentó también que evocó que el agredido dijo "que tenía miedo, que no lo dejemos solo, que le quería robar y tenía dolor en el pecho". También evocó que la novia trabajaba en local de McDonald's, pero, no obstante la lectura que se le hizo de su declaración anterior no pudo evocar si el agredido le relató alguna otra cosa (fs. 291).

En la sentencia se exponen sus dichos de manera similar, sólo se agrega que "según los dichos del agredido el otro sujeto le quería

robar el celular", y hay otras referencias, que no constan en el acta, al estado de exaltación del agresor, que le propinaba golpes de puño, que luego de unos segundos el declarante logró reducirlo, y que éste "les decía que estaban equivocados, que no era como decían" (fs. 302/303).

Surge del acta del debate, y de los fundamentos de la sentencia, que el Cabo Primero Fabián Giménez no fue testigo presencial del acometimiento y que éste en la audiencia poco pudo aportar para la comprobación de la hipótesis de la acusación. En particular, se ha asentado en el acta que no recordaba bien, y solo pudo aseverar frente a la confrontación con el acta de fs. 12, que "en aquel momento leyó la declaración y se ajustaba a lo que había ocurrido". También dijo recordar la "piedra" ante la exhibición de la imagen de fs. 9 (confr. acta del debate, fs. 291 vta.). En los fundamentos de la sentencia se ofrecen más detalles de lo declarado por este testigo, que no constan en el acta. En síntesis se expone que no pudo recordar el hecho, que ", se lo puso al tanto del suceso", que recordó haber tenido que llamar una ambulancia, que recorría la zona en el móvil solo, que se dirigió a un local de McDonald's en Avda. Santa Fe, a raíz de una modulación de comando radioeléctrico, que encontró al Sargento Bresciani en la esquina, que "termina con la detención de un hombre", no recordando las circunstancias de la misma, por un robo en grado de tentativa, y que "los testigos del hecho decían que una persona había robado a otra", y que "no vio la agresión, sino que los testigos lo dicen". No recordó cuál habría sido el objeto del intento de despojo, y evocó que del local de comidas "salió una chica joven porque el agredido era su novio" (fs. 304).

Si bien se mira, en la sentencia no se ha hecho un examen crítico de estas declaraciones testificales, porque el más mínimo examen hubiera conducido a la imposibilidad de construir siquiera un relato como la hipótesis de hecho que se tiene por probada en la

sentencia. El policía Bresciani evocó haber visto a dos personas en el suelo, una que agredía a otra, y que el agredido dijo que le habían querido robar -tal vez un celular-. Nada evocó sobre la modalidad del robo, más allá de golpes de puño, y tal vez una pedrada. En particular no pudo siquiera afirmar cuál sería la relación del fragmento de botella con el hecho, pues no pudo recordar ningún otro relato que le hubiese dado el agredido. El imputado se defendió en el proceso negando que hubiese intentado algún despojo, y afirmando que la reyerta se habría originado en un insulto (confr. acta de declaración indagatoria de fs. 134, leída en juicio según acta del debate, fs. 290 vta.). Según se asienta en la sentencia, el policía Bresciani sí recordó en la audiencia que la persona que detuvo, en se mismo acto "les decía que estaban equivocados, que no era como decían". Esto no ha merecido ningún examen crítico de los jueces que emitieron la condena.

El policía Giménez no presenció ningún tramo del hecho de la acusación, sino que se presentó comisionado por el Comando Radioeléctrico. Surge del acta, y de la sentencia, que fue magro lo que pudo evocar, en particular la "piedra" secuestrada -en rigor un pedazo de baldosa-, el pedido de una ambulancia, la detención de un hombre en circunstancias que no pudo evocar, y que "testigos", que no pudo identificar "decían que una persona había robado a otra". Evocó la presencia de una chica joven que salió del local de McDonald's que habría dicho ser novia del agredido, y no pudo recordar cuál habría sido el objeto del intento de despojo.

Estos testimonios no permiten reconstruir un relato de intento de despojo de bienes, sino, a lo sumo, la existencia de una agresión física. El intento de despojo sólo se conoció por boca del presunto damnificado, y éste no ha podido ser oído en juicio. En efecto, los dos testimonios sólo proveen de un relato acerca de una agresión violenta de a _____HOG_____, y un relato de oídas: el

segundo decía haber sido víctima de un intento de robo, pero los policías no pudieron evocar con precisión si el agredido se había referido al objeto del robo, ni si se empleó algún instrumento para su ejecución. También se ha ofrecido otro relato de oídas: el detenido decía que las cosas no habían sucedido como los testigos decían. Ni uno ni otro policía han dado más detalles para la reconstrucción del relato, pues si bien uno de ellos ha dado alguna referencia sobre el secuestro de los fragmentos de baldosa y de botella, no han indicado cuál sería su conexión con la ejecución del robo.

Las declaraciones testificales rendidas en la audiencia oral y pública sólo acreditan que el señor HOG expresaba que el imputado había querido despojarlo de bienes, pero de ningún modo permiten reconstruir una situación de flagrancia. A este respecto, debe advertirse que en un sentido estricto sólo puede calificarse de flagrante la conducta de quien es sorprendido en el momento de cometer un delito, eventualmente, también es flagrante la conducta cuando alguien es sorprendido inmediatamente después de cometerlo, en circunstancias que evidencien que acaba de cometerlo. Sin embargo, el art. 285 del CPPN no es sustento normativo de alguna regla de valoración probatoria; éste no establece patrones o criterios para la formación de una convicción de condena, sino que constituye una regla legal que define supuestos de hecho en los cuales puede realizarse la detención de una persona prescindiendo de una orden judicial. La disposición extiende el concepto de flagrancia a esos fines, pero nada dice acerca de las inferencias probatorias que puedan extraerse de los supuestos que enumera. En efecto, que una persona sea perseguida por la fuerza pública, por el ofendido, o por el clamor público, no prueba por sí solo que haya cometido un delito, como tampoco conduce a esa convicción la nuda circunstancia de que tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito. En todo caso, estos elementos, junto

con otros, podrán formar el acervo de elementos de convicción de una sentencia judicial, pero estos supuestos procesales de flagrancia extendida no son equiparables en su valor convictivo al valor de la declaración testifical de quien ha sorprendido al agente en la comisión del delito, o inmediatamente después de cometerlo.

Si bien se observa, según han declarado los testigos presentes en el juicio, sus dichos sirven, por cierto, para comprobar que existía un forcejeo y una agresión, pero el forcejeo y la agresión -sin otro elemento contextual- no es un indicio vehemente de fin de despojo. La única persona que podría eventualmente haber despejado la duda acerca de si existió o no un intento de despojo y si se empleó algún instrumento para ejercer la violencia, era _____HOG_____, que no pudo ser convocado y oído en el juicio.

Se dice en la sentencia que la declaración de éste, asentada en el acta leída, se corrobora con las declaraciones de los policías, y otras actas que enuncia. El problema es que esa declaración asentada en el acta leída, es el único elemento que permite reconstruir un relato del hecho, y sin ella, no puede sostenerse, fuera de toda duda razonable, que se tratase de un intento de robo, y no de una reyerta violenta por otras causas, que no perseguía el apoderamiento de bienes ajenos, como lo alegó el imputado.

En suma, la declaración de _____HOG_____prestada durante la instrucción, y asentada en el acta de fs. 63, que fue leída en el juicio, y a quién ni el imputado ni su defensa jamás tuvieron oportunidad útil de interrogar o hacer interrogar, son, por así decirlo, el hilo que enhebra como cuentas de un collar los demás elementos indiciarios, los cuales, si son despojados de ese hilo carecen de cohesión y se desmiembran de modo tal que son insuficientes para llegar a la conclusión de que ha ejecutado el hecho por el que viene condenado bajo la calificación de robo agravado por el empleo de arma, en grado de tentativa.

En efecto sin recurrir al acta que recogió la declaración de _____HOG_____, los demás elementos enumerados por la sentencia impiden formarse certeza sobre la acusación. A lo sumo son indicios del hecho de la acusación, que no alcanzan para destruir la versión defensiva del imputado. Se trata pues de una declaración que ha sido dirimente para la construcción de la sentencia a la que debe aplicarse el estándar sentado por la Corte en el caso "*Benítez, Anibal Leonel*".

De lo expuesto resulta entonces que excluido el elemento de convicción incorporado por lectura al debate, el que la defensa no tuvo la oportunidad útil de controlar interrogando o haciendo interrogar al testigo, no puede afirmarse con certeza la culpabilidad del imputado valorando el resto de los elementos de prueba, producidos de modo regular en el juicio, que el *a quo* tuvo a su disposición, pues no pueden tenerse por probados los elementos del supuesto de hecho de la acusación, ni la responsabilidad del imputado, y en consecuencia, corresponde absolverlo por aplicación del art. 3 CPPN.

3.- Atento a este resultado, entiendo inoficioso el tratamiento de las demás cuestiones que se traen en el recurso de casación.

4.- Con estos argumentos, y con este alcance, adhiero a la solución que viene propuesta por el juez de primer voto.

Como mérito del acuerdo que antecede, la **Sala 1** de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de ___TJJ_____, **CASAR** la sentencia recurrida, y **ABSOLVER** a ___TJJ_____ por el hecho por el que fue acusado, por aplicación del principio del *in dubio pro reo*, remitiendo las actuaciones al tribunal de procedencia a fin de que, de no existir

impedimentos, disponga la inmediata libertad del imputado, **SIN COSTAS** (arts. 3, 456, 465, 470, 530 y 532 CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

GUSTAVO A. BRUZZONE LUIS M. GARCIA HORACIO DÍAS

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara

Fecha de firma: 29/12/2015
Firmado por: LUIS M. GARCIA,
Firmado por: GUSTAVO A. BRUZZONE,
Firmado por: HORACIO DÍAS,
Firmado(ante mi) por: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ, Secretario de Cámara