



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

c. 57.166 y su acumulada c. 57.889

RUD: 07-00-860036-08

En la ciudad de La Plata a los 5 días del mes de diciembre de dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, doctores Martín Manuel Ordoqui y Jorge Hugo Celesia, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver el recurso de casación deducido en causa n° 57.166 y su acumulada n° 57.889 en relación a los imputados **Y., V. y M., F. D.**; y, practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **ORDOQUI - CELESIA.**

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal n° 9 del departamento judicial Lomas de Zamora, con fecha 19 de noviembre de 2012, resolvió por unanimidad condenar a F. D. M. y a V. Y. a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautores penalmente responsables del delito de homicidio en ocasión de robo, según hecho ocurrido el día 5 de junio de 2008 en la localidad de Valentín Alsina, partido de Lanús (cfr. puntos "I" y "II" de la sentencia obrante a fs. 58 y ss. del presente legajo).

Contra dicho decisorio las partes interpusieron los respectivos recursos de casación. Los señores defensores particulares de V. Y., doctores Leonardo Mariano Churin y Omar Luis Daer, a fs. 64/125 de este legajo; y, el señor defensor particular de F. D. M., doctor Roberto Marcelo Calvo, a fs. 67/101 de su acumulada n° 57.889.

Que fijados los antecedentes y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos por los doctores Churin y Daer (defensores de V. Y.) y por el doctor Calvo (defensor de F. D. M.) en favor de sus representados?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera** cuestión planteada, el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

I. La defensa de V. Y. introduce varios motivos de agravio que, al comienzo de su presentación, los sintetizan de la siguiente manera: 1) que la sentencia se encuentra apoyada sobre testimonios plagados de contradicciones, que se dirigieron con falacias y mendacidades; 2) que la resolución del Tribunal que autorizó la incorporación por lectura -pese a la oposición expresa de la defensa- de testimonios recibidos durante la instrucción (se refiere, en particular, al del Sr. H. E. G.) resulta violatoria de los principios de oralidad, inmediatez y contradicción, del debido proceso legal y del derecho de defensa en juicio; 3) que hay en la sentencia elementos probatorios que fueron modificados o parcializados en perjuicio de la imputada, violando los parámetros de la sana crítica razonada; 4) que la sentencia incluye afirmaciones falsas, dichos que no surgieron de las deposiciones del debate, reconocimientos inexistentes, en franca violación al derecho de defensa y rayana al prevaricato; 5) violación al principio de no contradicción al haberse desechado como prueba, tachándolo de inexistente, un instrumento público que goza de plena fe y autenticidad en otro proceso penal, emitido por autoridad judicial competente; 6) relacionado con lo anterior, afirman que la sentencia viola el principio de máxima taxatividad legal al adjudicarse atribuciones que no le son propias en contra de las normas de los arts. 979 y ss. del Cód. Civil, ya que el instrumento público que acredita la inocencia de la acusada no fue redargüido de falso; 7) en subsidio, cuestionan -la calificación legal, postulando la aplicación de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

la figura de robo en poblado y en banda en grado de tentativa (arts. 42 y 167, inc. 2º, del CP); 8) también en subsidio, se agravian de la arbitraria mensuración de la pena.

Luego, los recurrentes se encargan de pormenorizar sus críticas.

Consideran que ha existido una apreciación absolutamente arbitraria de los elementos probatorios; un apartamiento de la aplicación de la ley, alejada de la sana crítica y rayana al delito de prevaricato. Dicen, por otro lado, que la prueba en la que hoy descansa la sentencia es el producto del “armado” pergeñado de los oficiales -a cargo de la investigación- de la seccional Tercera de Valentín Alsina (Lanús), entre otros; no obstante, dejan aclarado que la materialidad ilícita no se encuentra discutida. Así las cosas, afirman que la adjudicación del hecho a su asistida pareciera responder a una necesidad de encontrar un culpable, pues su responsabilidad descansa pura y exclusivamente en testimonios plagados de contradicciones; amén de que, como agregan, ello fue planteado aunque no hubo comentario al respecto por parte del órgano de grado. Y, más adelante, refieren que: *“El sentenciante formuló afirmaciones de hechos y dichos que nunca sucedieron, manipuló la prueba a su antojo, otorgó certeza a cuestiones que solo arrojaron dudas, valoró prueba que no conformaba el plexo fáctico por no haber sido incorporadas como tal de acuerdo a las previsiones del artículo 366 del C.P.P., y no dio respuesta a las contradicciones de la misma prueba que utiliza como sustento de su condena”* (fs. 76vta.); agregando que desde el inicio mismo del juicio hubo una constante intromisión de sus integrantes en el interrogatorio de los testigos, violando en forma grotesca las previsiones del art. 364, párrafo 2º, del CPP, toda vez que interrogaron a los testigos en forma abierta, direccionada e incluso antes de darle la palabra a las defensas.

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

A partir de aquí, se encargan de enumerar todas las irregularidades que se vislumbran –según entienden- en la valoración de la prueba.

En primer lugar, sostienen que el Tribunal dio por cierto la sustracción de una cadenita y un reloj marca F. sin que se haya acreditado debidamente la preexistencia de esos elementos, máxime cuando la mujer indicó una semana después que le habían robado un reloj que le había regalado su hijo, mientras que su hijo indicó que a su madre le habían robado un reloj que le había regalado su padre. Menos aún –prosiguen- se demostró la preexistencia de los objetos como para dar por cierto el desapoderamiento, especialmente si partimos de que esas manifestaciones fueron realizadas una semana después del hecho, lo cual permite inferir también otras hipótesis (pérdida; que se hayan sustraído en otra ocasión, si es que alguna vez tuvieron esos objetos; etc.) y destacando, además, que la señora R. indicó en el debate que cuando el sujeto bajó “...no tenía nada en sus manos...”. Mayor fuerza se adquiere, a criterio de los recurrentes, si aquello se coteja con los reconocimientos en rueda de cosas (fs. 173/174 y 175/176 del ppal.), los que arrojaron resultado negativo. Critican la explicación del Tribunal, considerándola arbitraria pues R. siquiera indicó a cuál de las cosas que se le exhibieron se refería, partiendo de que en la rueda había tres cadenitas y tres relojes. Desde esta línea argumentativa, alegan que C. R. dijo que el reloj F. era de “características similares” al que tenía la madre y no –como sostuvo el Tribunal- de “idénticas características”.

En segundo lugar, indican que resulta falso que la versión de descargo efectuada por la acusada haya sido incluida en el proceso luego de un mes y medio de su detención; esto, conforme a las fechas que lucen en autos, sucedió a menos de un mes y debiendo la defensa tramitar un pedido de copias en extraña jurisdicción.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

En tercer lugar, marcan una contradicción entre el testimonio – incorporado por lectura- de H. E. G. y lo declarado por el testigo F.; ello, en relación a que el primero habría dicho que R. se encontraba dentro de la casa, en el jardín, trasponiendo la reja de entrada, mas el segundo habría ubicado a R. y a los demás sujetos en la vereda a la altura del garaje. Además, remarca que tanto la fiscalía como el representante del particular damnificado, ocultaron al testigo F. bajo el pretexto de no ubicarlo, apareciendo luego sorpresivamente y acomodando sus dichos; recuerdan, a su vez, que “...*el testigo F. es patrocinado y representado legalmente por el mismo abogado que el particular damnificado en esta causa*” (fs. 79) y que también resultó sorpresivo que no haya comparecido el testigo E. G..

En cuarto lugar, critican la valoración del resultado del reconocimiento en ruedas en el que participara F., básicamente porque se tomó como indicio de cargo la duda que tuvo el propio testigo.

En quinto lugar, se preguntan cómo pudo el Tribunal sostener que G. no declaró con odio, animadversión o interés particular, si no escucharon personalmente a dicho testigo. Es más, se quejan del hecho de que se permitiera incorporar prueba de cargo ilegalmente y no haciendo lugar a las oposiciones de la defensa con anclaje en lo previsto por el art. 366, primer párrafo, del CPP; en otras palabras, afirman que “...*se ha dado valor a prueba adquirida en forma irregular, contradictoria y sumergida de intereses particulares*” (fs. 79vta.). Aún así, critican el propio testimonio de G. explicando que en el lapso de 3,5 segundos (calculándolo a partir de la velocidad con la que circulaban y el largo del frente de la propiedad) les parece poco serio que pueda haber recordado innumerables detalles, entre ellos la patente del automotor, porque jugaba a la quiniela y memorizaba siempre los números. Luego retoman la crítica que versa sobre la

incorporación por lectura del testimonio de G., añadiendo que el haber estado presente, al recibírsele declaración al señor G. en el marco de la investigación, no satisface íntegramente la inmediación, oralidad y contradicción que emana del debate oral, ya que el interrogatorio está en manos del fiscal y la defensa sólo puede preguntar a través de éste.

En sexto lugar, rememoran que los testigos del procedimiento (H. H. G. y R. R. R.) ingresaron con posterioridad a la policía, lo cual implica que, de alguna manera, las posibilidades de alterar la escena son claras, ciertas y concretas; dicen que dar crédito a lo reflejado por los policías o por las actas que ellos mismos labraron “...*equivale a hacer de nuestro sistema de garantías una mera formalidad sin aplicación concreta de la realidad*” (fs. 82).

Invocan desconocimiento del principio *in dubio pro reo* y recuerdan con citas doctrinarias la importancia y el alcance del mismo.

Posteriormente, hacen referencia a sendas contradicciones en las que habrían incurrido los testigos utilizados para sustentar la acusación y la sentencia. Así, alegan las siguientes: 1) primera contradicción: ubicación de los sujetos ante la vista de los testigos F. y G. (cfr. fs. 85/vta.); 2) segunda contradicción: la ubicación del automotor del Sr. R. R., respecto de lo dicho por F., G., E. y G. (cfr. fs. 85vta. y s.); 3) tercera contradicción: la forma en la que G. se entera del hecho al cotejar su declaración y el resultado del informe de Nextel agregado en autos a instancia de la defensa (cfr. fs. 86/vta.); 4) cuarta contradicción: ubicación del Peugeot 307, en relación a lo dicho por G. y por F. (cfr. fs. 86vta.); 5) quinta contradicción: la ubicación de los testigos F. y E. conforme a los que ellos declararían (cfr. fs. 86vta. y s.); 6) sexta contradicción: sobre los elementos secuestrados según lo manifestado por H. G. (testigo del allanamiento) y por C. S. (policía afectado



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

al allanamiento); asimismo, agregan que no se habrían cumplido con los recaudos legales de custodia y que los oficiales R. y D. abrieron el sobre que contenía los efectos sin presencia de testigo alguno (cfr. fs. 87 y s.); 7) séptima contradicción: sobre las actuaciones de prevención, especialmente a partir de las declaraciones de los policías A. R. y R. D. y que, a pesar de que el informe de dominio indicaba que el titular del Peugeot 307 dominio ...-... radica en la provincia de Córdoba, se dirigieron a Capital Federal siendo que no existía ningún otro dato que relacione dicho automotor con ese lugar; además, D. dijo que iba sólo a realizar las tareas de inteligencia a Capital Federal, mientras que R. indicó que iban juntos a realizar las tareas; por otra parte, aunque dentro de este ámbito, se encargan de relatar algunos pasos que transitó la investigación, como las averiguaciones previas, la detención de la acusada, etc., ello con el objeto de demostrar algunas irregularidades y la configuración de una “detención ilegítima” (cfr. fs. 88 y ss.).

Todo ello, los lleva a sostener “...la manifiesta violación al [p]rincipio de congruencia por falta de motivación al estar en presencia de una sentencia basada en una motivación ‘aparente’ y autocontradictoria...” (fs. 91). Citan jurisprudencia.

A continuación, se refieren a la prueba de descargo. Sostienen que el Tribunal se esforzó para quitar credibilidad a la prueba que ubica geográficamente a la imputada en otro lugar diferente al del hecho atribuido, el mismo día y con poco tiempo de diferencia, pero lo suficiente para afirmar la imposibilidad material de que aquella estuviera en dos lugares tan distantes a la misma vez. Agregan que la prueba a la que hacen referencia (acta labrada por la Ayudantía Fiscal de la localidad de Lincoln, provincia de Buenos Aires, como el informe efectuado por dicho organismo con fecha 1

de septiembre de 2008, cuyas copias certificadas por la Fiscalía nro. 2 de Junín, incorporadas al debate, están agregadas a fs. 893/997 del ppal.) constituye –y así lo reconoció el Tribunal- un instrumento público que hace presumir su autenticidad y validez, dado que no fue reargüido de falso por el Ministerio Público. Y, desde esta perspectiva, afirman que: “...*atendiendo a la intervención de un Fiscal con competencia en el fuero penal de [e]sta provincia (atribución otorgada por el Estado) en la confección del acta de declaración testimonial llevada delante de su presencia con fecha 5 de junio de 2008 en el marco de la causa 60.988-07, no puede soslayarse que dicha persona obró en calidad de funcionario público en los términos que el Código Civil impone a fin de ostentar dicho carácter (art. 980, primer párrafo, Cód. Civ.). En tal situación, los hechos consignados en dicho instrumento gozan de entera fe y deben tenerse por producidos en la forma y con el alcance descriptos*” (fs. 94vta.). A continuación, transcriben los arts. 980, 992, 993 y 994 del Código Civil y citan doctrina y jurisprudencia en su apoyo; por lo demás, critican la referencia a un fallo de la Sala II de este Tribunal que realiza el *a quo*, considerándolo inaplicable al supuesto de autos y, en cierta manera, confirmatorio de la postura que sostienen.

Asimismo, destacan que el instrumento aludido (cuestionado por el sentenciante y tenido como inexistente) fue ratificado en su contenido, en sus firmas, y en definitiva en la existencia misma del acto, por todos sus intervinientes directos o indirectos, por los funcionarios públicos responsables y por el empleado de la Fiscalía que también declaró en forma conteste en cuanto a cómo se llevó adelante el mismo y demás pormenores sobre el particular. Insisten, también aquí con la forma en que el Tribunal interrogara a aquellos testigos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Transcriben parte de las declaraciones efectuadas por D. N., C. E., A. O., D. G., el resultado positivo de las pericias de cotejo que obran a fs. 1317/1321 y 1417/1421 del ppal. y el informe obtenido de la página web *www.kilometros.com.ar* (donde se ilustra la distancia que existe en entre los dos lugares), todo con el objeto de demostrar que su asistida no fue quien participó del evento disvalioso.

En consecuencia, solicitan la absolución de V. Y..

Con carácter subsidiario se agravian de la graduación de la pena impuesta. Allí dicen, en primera medida, que se ha fijado una pena muy por encima del mínimo de la escala penal prevista para el delito endilgado, dejando de lado el análisis de atenuantes y mensurando agravantes en forma arbitraria y desmedida, máxime porque el *a quo* ubica a su asistida en la realización de una conducta lejana a la que provocaría *a posteriori* la muerte del señor R..

Destacan que la acusada recibía órdenes de otro coautor, por lo que resulta merecedora de un menor reproche penal.

Insisten con que tácitamente se valoró la condición de gitana en su perjuicio, lo que motivó una denuncia ante el INADI.

Entienden que hay motivación aparente, desde que no se evidencia el camino lógico que une a los pocos factores que se ponen de relieve a efectos de graduar la pena con la pena en sí misma, tampoco se explica por qué esa “ecuación” da como resultado la pena de 16 años.

Critican, por otro lado, la agravante relativa a la cantidad de sujetos activos, en tanto que “*...las personas que ingresaron fueron tres, entre ellas una femenina, y por ende la mayoría numérica entre agresores y agredidos es mínima*” (fs. 114).

Añaden que “*...la edad de las víctimas no refleja la posibilidad o*

imposibilidad de defensa, cuando surgió en forma conteste durante todo el debate, acreditado asimismo en la prueba documental incorporada por lectura (protocolo de Autopsia), que el Sr. R. era una persona de más de un metro ochenta de altura, con un buen porte y una vitalidad que le permitía entre otras cosas conducir y trabajar” (íd.).

Agregan que “...las lesiones sufridas por la Sra. R. son de carácter leve, lo cual no demuestra en lo más mínimo ‘..[.]una mayor peligrosidad de los autores” (ibíd.). Además, la forma de ingreso habla más de inexperiencia que de peligrosidad, ya que el supuesto dominio sobre los sujetos pasivos fue casual, pues no contaban con ningún tipo de elemento amenazante ni potencialmente dominante o de peligrosidad abstracta como para controlar una reacción de evasión o defensa de las víctimas.

Criticando las consideraciones finales que hizo el *a quo* -respecto de que la parte obstaculizó el normal desarrollo del proceso- e insisten con que ello motivó una pena elevada y relacionada con su condición de gitana.

Destacan que, aún cuando el resultado sea imputado a todos los coautores, en el acto de mensuración se deben tener en cuenta el rol efectivo aportado por cada uno de ellos; circunstancia que –según dicen- no surgiría de la sentencia.

Se quejan por cuanto no se explica de qué manera incidieron las agravantes ponderadas; arguyen falta de motivación.

Citan jurisprudencia.

Pregonan por la aplicación de un “criterio de sensibilidad de la pena”, el cual deducen implícito en el art. 21 del CP, por un lado, y 7 y 10 del mismo cuerpo de leyes, por el otro. Citan doctrina extranjera.

Alegan, por otra parte, que: “*Tampoco se han valorado los atenuantes que fueran mencionados por esta parte al momento de valorar la*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

prueba producida y peticionar al respecto en los alegatos. Ejemplo de ello es que los excelentes informes socio ambientales mu[n]idos en la causa que dan cuenta de la contención familiar, su pr[ó]spera situación económica lograda por el esfuerzo[,] la explotación comercial familiar, la cantidad de cuatro hijos menores de edad a su cargo y la reciente muerte de su esposo, son circunstancias que, estando debidamente acreditadas en autos, y pedidas por esta defensa, no fueron tenidas en cuenta por el Tribunal sentenciante al momento de mensurar la pena” (fs. 120vta.). Citan jurisprudencia.

En conclusión, solicitan se case la sentencia recurrida y se disminuya la pena impuesta.

A fs. 124/125 obra un escrito del doctor Churín. Allí explica que, sin perjuicio de haber suscripto el acta de debate, la misma no resulta ser el fiel reflejo de lo acontecido en el debate. Explica que la enunciación tan escueta de los dichos de los testigos genera que sus manifestaciones queden fuera de contexto, siendo en algunos casos inentendible o, peor aún, contrario a lo que quisieron manifestar. Cuenta, además, que cada vez que requirió una constancia, solicitó que la misma fuese de la pregunta que se formulaba como de la respuesta completa; no obstante, no figura en el acta ninguna de las preguntas referidas, las que –a su juicio- resultan importantes para contextualizar la respuesta. Por último, cuenta que tampoco se transcribió en forma integral el alegato efectuado.

II. Al comienzo de su presentación (téngase presente que la misma se encuentra glosada en el legajo acumulado n° 57.889, por lo que las referencias que aparecerán *infra* a lo largo de todo este punto corresponden a ese legajo), el doctor Roberto Marcelo Calvo representante de F. D. M., sintetiza el objeto de su recurso agraviándose de la condena impuesta por

los siguientes motivos: a) encontrarse fundada en testimonios plagados de contradicciones, que se dirigieron con falacias y mendacidades en el curso de la audiencia y a lo largo de todo el proceso penal; b) haber el Tribunal fallado incorporando testimonios por lectura a pesar de la oposición expresa de la defensa violando el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio del sometido a proceso (art. 18, CN), refiriéndose al testimonio de H. E. G. que –a su entender- deberá ser declarado nulo; c) arbitrariedad en la apreciación de la prueba, tergiversar y parcializar las mismas en detrimento del imputado; d) basar la condena en reconocimientos incorporados por lectura a pesar de la oposición de la defensa a su incorporación por violarse el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio; e) falta de certeza del veredicto condenatorio incorporando términos como “pudo haber resistido”, violando el principio *in dubio pro reo* (art. 1, CPP); f) la sentencia viola el principio de no contradicción al fallar en contra de otro fallo judicial existente en la causa 732/09 de la UFI 21 de Malvinas Argentinas al abordar el tema de la coartada de su asistido sobre su demora por averiguación de antecedentes en la comisaría de José C. Paz; g) se aparta del principio de máxima taxatividad legal al fallar en contra de lo normado por los arts. 979, siguientes y concordantes, del Cód. Civ., ya que las actuaciones policiales producidas por la averiguación de antecedentes de F. D. M. son instrumentos públicos que no fueron redargüidos de falsedad; h) se aplica una condena excesiva de 16 años de prisión.

A continuación, para el supuesto de ratificarse el fallo, solicita se case el mismo por haberse dictado en infracción a la ley penal por incorrecta subsunción del hecho materia de juzgamiento en la figura del art. 165 CP, debiendo aplicarse la figura de tentativa de robo en poblado y en banda (arts. 42 y 167, inc. 2º, del CP) y, aún en el caso de postularse que la figura



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

cuestionada resulta correcta, dice que el fallo resulta auto-contradictorio ya que al momento de mensurar se aplicó una pena exagerada para un sujeto primario, carente de antecedentes, buen concepto, padre de familia numerosa (cinco hijos), domicilio fijo, con trabajo fijo en una agencia de automóviles y que, en la peor de las hipótesis, no pudo probarse que haya ingresado al domicilio de las víctimas.

Más adelante, afirma que a su pupilo -de ser hallado culpable- debió condenársele a una pena que no superara los tres años de prisión, de conformidad a la figura legal que entiende aplicable; a lo sumo, de no compartirse la calificación que pregona, la pena impuesta no debe superar el mínimo legal de 10 años de prisión.

Luego, bajo el acápite titulado “Fundamentos y autosuficiencia del recurso”, procede a detallar la prueba recabada, aunque también introduce críticas como ser: 1) que al serle exhibido a C. O. R. el reloj F. secuestrado en autos, se contradice el art. 366 del CPP ya que el testigo no había aludido a ese efecto en su declaración, dijo que era muy parecido al de su madre pero que había dos millones de relojes iguales (cfr. fs. 70vta.); 2) que en ningún momento de la investigación ni del debate R. dijo que no había podido ver la cara de los atacantes masculinos (cita la pieza de fs. 22/23 – indicando que no está incorporada por lectura pero que sirve para fundar su absolución ya que ello no está vedado por el art. 366 del CPP- en su apoyo y la de 183/184, ambas del ppal.), recordando parte de sus dichos con el objeto de demostrar que la víctima sí pudo ver a sus atacantes y que su asistido no era ninguno de ellos (cfr. fs. 72/vta.); 3) a partir de lo declarado por M. S., alega que se demuestra las mendacidades de F. y G. respecto de la posición en la que situaron el automóvil propiedad de la víctima; apoyándose también en el croquis de fs. 226 (expte. ppal.), las

declaraciones de fs. 34/35 y 36/37 del ppal. y en el testimonio de P. G. (cfr. fs. 72vta. y s.); 4) que el testigo R. N. V. fabuló acerca del secuestro de armas y drogas en el domicilio de su pupilo (cfr. fs. 73); 5) en relación al hecho de que al médico G. A. C. le exhibieron la fs. 119/vta. del legajo IPP 732-09, UFI 21 de Malvinas Argentinas, se lee en su recurso: *“Frente a esa pregunta y medida me opongo toda vez que el testigo no había hecho alusión alguna en su testimonio a esa foja ni a su contenido ello fundado y por ser violatorio a lo establecido por el art. 366 párrafo sexto, siendo rechazado arbitrariamente por el Tribunal a-quo.[] Deje reserva de tal constancia y rechazo, como consta en el Acta de Debate y ahora solicito al Excmo. Tribunal de Casación case esta incorporación por lectura y declare la nulidad de su incorporación y del testimonio brindado por el médico C. A....”*, invoca violación –con cita del art. 18, CN- al debido proceso y defensa en juicio, la prohibición del párrafo sexto del art. 366 del ritual y el régimen de las nulidades del art. 201 y ss. del CPP y agrega: *“En primer lugar el testigo no hizo alusión alguna a la foja que se incorporó por lectura al debate, en segundo lugar no puede suplirse la versión oral por la documentada, y en tercer lugar no se le hizo leer la pretendida foja a incorporar al solo efecto de verificar contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la indocumentada”* (por todo, cfr. fs. 73vta.); 6) añade que hay valoración arbitraria de dicha prueba porque, en su ampliación indagatoria (cita las fs. 756/758 del ppal.), su defendido reconoció que previamente no había sido revisado por el médico de guardia de la Comisaría 1ª de José C. Paz; 7) en relación a la fotografía de fs. 309 del ppal. y su exhibición al testigo A. I. B., sostiene que sin perjuicio de que la incorporación de la prueba es ilegal, ya que el testigo es inducido a reconocer una fotografía que no había mencionado en su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

declaración testimonial, tampoco de sus dichos se llega a una certeza ya que afirmó “no recordar” haber detenido a esa persona, por lo que *“...deberá ser declarado nula su declaración, falsa su afirmación acerca de que no son sus firmas y su falsa afirmación de no recordar haber detenido a F. D. M...”* (fs. 74/vta.); 8) alega que a E. N. C., pese a la oposición de la defensa, se le exhibieron actas y fotografías que no fueron mencionadas en momento alguno por los testigos, por lo que pide la nulidad de estas declaraciones por haberse violado el art. 366, párrafo 6º, del CPP; sin perjuicio que el testigo mencionó “no recordar” haber detenido al ciudadano M. pero no afirma “no haberlo detenido”, tal como consta en los libros y actuaciones de la comisaría (cfr. fs. 74vta.); 9) en relación al testigo R. H. D., también se queja porque el Tribunal admitió que la Fiscal incorporara prueba documental no ya al efecto del art. 366 del CPP para aclarar contradicciones, incongruencias u omisiones sobre puntos de la declaración a las que el testigo haya hecho alusión en testimonio oral y, a renglón seguido, aclara que *“...hice dejar constancia de una respuesta del testigo que da cuenta de lo que ahora afirma la defensa ‘que recuerda que el auto era un 307 gris y lo recuerda ahora porque vio la foto’”* (fs. 74vta.); además, sostiene que *“[m]intió acerca de haber visto subir y bajar a mi pupilo del auto supuestamente investigado señalando en principio que se trataba de un P. ..., indicando que sacó la fotografía de fs. 53 en donde no está ilustrado mi asistido sino uno de sus hermanos M. M. tal como lo afirmara mi asistido en sus últimas palabras y el suscripto durante el alegato”* (íd.) y *“[c]on referencia a la pesquisa también mintió al tribunal afirmando haber investigado la patente del vehículo[,] no olvidemos que aun en la hipótesis de aceptar que el testigo H. E. G. aportara ese dato la patente que contaba la policía era la letra U- y los números ...”* (ibíd.); 10) continuando con el

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

testimonio de D., se pregunta por qué se dirigió a Capital Federal en busca del vehículo si éste –según informe agregado a fs. 59 del ppal.- estaba radicado en la provincia de Córdoba a nombre de M. A. C. (cfr. fs. 75); asimismo, afirma –en contraposición al citado testimonio- que en la causa hay una sola foto (cita la fs. 53 del ppal.) y que ella corresponde al hermano de su pupilo (cfr. íd.); 11) respecto de A. R., sostiene que *“[m]intió acerca de la[s] fotografías, también me opuse a la exhibición de fotografías de personas y cosas sobre las que no había hecho mención alguna en su declaración testimonial, falseando sobre que la persona de fs. 53 fuera la misma retratada a fs. 309”* (fs. 75); 12) cuenta que se opuso a la declaración de A. L. J. ya que su testimonio no derivaba de la causa 732/09 de la UFI 21 que había sido incorporada por lectura, sino de otra causa nro. 15-01-007128-10 de la UFI 21 y como denuncia contra otro testigo de la causa G. C.; contra la negativa, recuerda que efectuó la protesta debida (cfr. fs. 75vta. y s.).

Luego, en el punto “5” de su escrito, se dedica a exponer con sumo detalle sus agravios.

Cuenta que H. E. G. mintió cuando dio las explicaciones acerca de por qué fue a declarar (remite a fs. 223/227 del ppal.), ya que la defensa agregó un informe de Nextel que decía que el abonado pertenecía a otro sujeto, como así también que no surgía del listado de llamadas de radio que se haya efectuado alguna llamada en el horario que el testigo indica, esto es, a las 9 de la noche. Así, sostiene que si mintió sobre un punto pudo haber mentido en todo lo que dijo. Y agrega que también mintió sobre haber pasado junto a F. en el momento en que se estaba gestando el hecho investigado pues ambos (F. y G.) refirieron haber pasado a las 16.40hs.,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

mientras que R. dijo que el horario en el que se cometió el hecho fue a las 16.00hs., hasta las 16.15hs.

Asimismo, sostiene que la sentencia tampoco da ninguna explicación del croquis de fs. 226 realizado a mano alzada por el testigo H. G., similar al croquis de fs. 14 realizado por personal policial, en donde se sitúa al automóvil en la posición en que quedó después de haberlo movido M. S. y P. G.. Dice que si en realidad pasaron por el lugar del hecho antes de que sucediera el mismo debieron ver el Citroen ubicado en la entrada de la casa y con la trompa tapando la entrada del garaje tal como dicen los testigos P. G. y M. S., quienes fueron las personas que lo corrieron y lo dejaron en la posición que luce en las fotografías de fs. 20. y el plano de fs. 14; luego, *"...el plano que hizo H. E. G. nuevamente demuestra su mendacidad ya que sit[ú]a el auto en la posición lindera a la casa del vecino y no situado frente a la puerta de entrada de la casa con la trompa tapando parte del gara[j]je"* (fs. 79vta.).

Cuenta que *"...H. G. dice que los ve adentro de la casa y conforme el dibujo que hace a fs. 226 los sit[ú]a en el jardín, justo en una posición en donde el C. C.4 le hubiera obstaculizado completamente la visión"* (fs. 79vta.).

Insiste con las contradicciones y afirma que tampoco son coincidentes –F. y G.- respecto a la ropa que llevaba puesta el occiso R. R., toda vez que sus descripciones –las que detalla- no coinciden con lo que aquél tenía puesto al momento de efectuarse la autopsia (remite a fs. 4/8 y detalla).

Por otro parte, se pregunta cómo pudieron los jueces saber que el testigo G. no se expresó con odio, animadversión o interés particular, si su declaración fue incorporada por lectura al debate.

Recuerda que oportunamente indicó que su asistido no era el sujeto que tenía tomado a R. R. por la espalda ya que la pericia de ADN de fs. 1293/1295 del ppal. aclaraba con un 99.9% de certeza que no era su sangre ni su perfil genético el que se había hallado en las uñas de la víctima. Tampoco –continúa- era el sujeto que había subido a la parte alta de la casa, en orden a la descripción brindada por R.. Insiste con que R. no reconoció a F. D. M. (cita las fs. 183/184, ppal.) debido a que éste no fue el sujeto que ingresó a su casa y no porque no le haya visto la cara como sostuvo el *a quo*; de todos modos, rememora que las descripciones efectuadas por R. no coinciden con su asistido. Asimismo, confronta las declaraciones de F. y R. y explica que el sujeto reconocido por G. y por F. no era el que manejaba el auto, sino quien subió a la planta alta de la casa, de ahí que no se trataba de F. D. M. pues la propia víctima no lo reconoció (cita las fs. 183/184 del ppal.); le resulta llamativo que F. y G. hayan dado una descripción física diametralmente opuesta a la testigo presencial y víctima del hecho, sin perjuicio de que coinciden en la vestimenta.

Se queja del argumento dado por el Tribunal de mérito para desechar el resultado de la pericia de ADN, tildándolo de arbitrario, huérfano de sustento probatorio, contrario al *in dubio pro reo* y digno de un prevaricato.

Menciona un reconocimiento de cosas con resultado negativo por parte de la señora R. (cita las fs. 173/174 y 175/176 del ppal.).

Insiste con que los testimonios de D. y R. son mentirosos y falsos, ya que todo partió de la premisa de que el P. ... era el vehículo empleado en el hecho pero que la Excma. Cámara de Apelación y Garantías rechazó tal hipótesis por carecer de certeza (cita las fs. 585/591 del ppal.).

Por otro lado, vuelve a quejarse de la incorporación por lectura del testimonio de H. E. G. (cita las fs. 35 y 223/226 del ppal.) y del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

reconocimiento de fs. 215/216, íd.; solicita su nulidad. Cita dos fallos de la ex Sala II de este Tribunal (causa 2550, “López Contreras”; causa 7511, “González, Vicente Bernardo”), y alega que la declaración de H. E. G. (fs. 223/226 del ppal.) y la del testigo P. F., se hicieron sin notificar a la defensa de F. D. M., lo que invalida ambas declaraciones por violación al derecho de defensa; agregando que: *“Resulta una nulidad de orden general, imprescriptible y que por violar derechos de defensa en juicio y del debido proceso legal recurribles en cualquier instancia del proceso (arts. 201, 202 y siguientes del CPP)”* (fs. 86vta., con mayúsculas en el original). Sostiene, así, que *“[n]o corresponde incorporar al debate la declaración y reconocimiento en rueda practicado por [el] testigo H. E. G. ya que (...) jamás pudo controlar sus dichos, jamás pudo preguntar a este testigo, jamás pudo hacerle saber de sus contradicciones y sus mendacidades, lo que invalida su incorporación por lectura siendo nulo su testimonio incorporado por lectura”* (fs. 87). A partir de allí, realiza extensas consideraciones teóricas para fundar su pedido, basándose en el derecho que tiene todo imputado a interrogar a los testigos de cargo según los arts. 8.2.f de la CADH y 14.3.e del PIDCP y de la ley local (art. 366, CPP), la VI Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y las Reglas de Mallorca (Nº 29), citando además jurisprudencia federal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en apoyo de sus manifestaciones; por lo demás, analiza las facultades que tiene la defensa durante la instrucción con el objeto de demostrar que dicha parte tiene un marco acotado de intervención y, de esta manera, surgiría la necesidad de poder controlar durante el debate a los testigos de cargo (por todo, cfr. fs. 84 *in fine*/92vta.).

Posteriormente, desde la foja 93 en adelante, hace un resumen de su exposición, reiterando alegaciones ya expuestas al inicio de su recurso.

Destaca que aun aceptando la hipótesis del letrado del particular damnificado, su asistido pudo haberse retirado luego de llegar hasta el lugar y conversar con la víctima, abandonando su acción (art. 43, CP).

Dice que la sentencia, al abordar el tema de la coartada de su defendido, viola el principio de no contradicción al fallar en contra de otro fallo judicial existente en la causa 732/09 de la UFI 21 de Malvinas Argentinas (cfr. fs. 96). Alega que C., I. y S. son mendaces, recordando las manifestaciones de C. Insiste con la nulidad por incorporación de actuaciones que los testigos no mencionaron en sus declaraciones (cfr. fs. 96); básicamente porque el *a quo*, pese a la oposición, permitió incorporar por lectura piezas procesales sin que hubieran sido citadas por los testigos C., I., S. y L. J. (sobre esta última indica que también objetó su incorporación como testigo), por lo que solicita “...se declare la nulidad de la incorporación de los testimonios de los oficiales por violación a las normas procesales de oralidad (art. 432 del CPP) y por violar el art. 366 del Código Procesal Penal[,] párrafo sexto” (fs. 96vta.).

Cuenta que la denuncia por falsificación promovida por el fiscal S. terminó con el archivo de las actuaciones (cita la foja respectiva), de ahí que “[e]sa decisión Judicial lo que hace es demostrar plenamente la validez de todos los actos jurídicos cuya validez no ha sido redargüida de falsa por sentencia judicial tal como lo marca el art. 979 del Código Civil” (fs. 97). Indica, a su vez, que “...no se citó al perito calígrafo que aseveró no poder descartar la participación de los testigos C. e I. en la confección de las firmas de las [a]cta[s] de detención de F. D. M. que fueron negadas por éstos” (fs. 97 *in fine*). Habla de que la fiscal efectuó un juicio oral por falsificación de documento público, recordando que oportunamente se opuso porque recrear otro juicio de extraña jurisdicción y competencia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

podría afectar algunos principios; en definitiva –según dice- todo lo recreado por la fiscal resulta contrario a los principios de no contradicción, doble juzgamiento, autoincriminación, garantía de ser juzgado por su juez natural y por las autoridades competentes.

Hace hincapié en: a) que las pericias de la causa 732-09 no descartan la participación de C. e I. en las firmas estudiadas en la pericia referida al acta de fs. 115; b) que es falso que G. C. declarara en la citada causa del departamento judicial San Martín, que sólo fue citado a fs. 225/229 por el fiscal para realizar un cuerpo de escritura; c) que el capitán J. L. S. ratificó todas sus firmas de los libros de las actuaciones de fs. 115, destacando con referencia a estas últimas que no vio nada anormal; d) que el libro de detenidos, investigado en la pericia, se encuentra salvado por S. en sus asientos 609 y 610, lo que le da pleno valor como instrumento público; e) que el perito a fs. 234/239 asevera que lo que se puede visualizar por debajo de los borrones es el nombre de F. D. M. en el asiento donde ahora aparece S. habiéndose invertido su orden, tal como explicó C. en la audiencia en orden a que había borrado todo el asiento por haberse equivocado en el horario y lugar de salida de cada individuo; invoca los arts. 979 y ss. del CC., afirmando que se trata de un instrumento público que no fue redargüido de falso y que por todo ello sigue en pie la coartada de su defendido.

Insiste con la hipótesis del desistimiento. En subsidio, solicita el mínimo de pena por el delito de robo en poblado y en banda en grado de tentativa; en su defecto, el mínimo de pena en orden al delito por el que viene condenado “...en virtud de su carencia de antecedentes penales, su joven edad, su familia numerosa es padre de cinco hijos, su asiento en casa propia, su empleo y trabajo como vendedor[,] comprador de automóviles en

la Agencia de su hermana, su excelente conducta dentro del Penal y su afán de superación [y] reinserción familiar y social...”, sumado a que no pudo probarse que haya ingresado a la finca en donde se cometiera el delito (por todo, cfr. fs. 99vta.).

III. Que el 23 de mayo del 2013, se celebró la audiencia del art. 458 del ritual, por expreso pedido del Dr. Churín conforme a su intención de informar *in voce* (cfr. fs. 141 del presente), acto en el que asistieron la totalidad de las partes y cuyo contenido obra en el acta de fs. 174/177 de este legajo.

Que a fs. 178/186 (íd.) se encuentra glosado el memorial presentado por la señora Fiscal Adjunta de este Tribunal, en donde solicitó que se rechacen los recursos interpuestos en favor de ambos acusados (cfr. punto VI del escrito cit.).

Que con fecha 01 de agosto de 2013, a raíz de una solicitud previa del Dr. Churín (cfr. fs. 191/193 y copias de fs. 194/201vta., ibíd.), este Tribunal resolvió: “Admitir y agregar a la presente causa la documentación acompañada por el Dr. Churín a fs. 194/201...” (cfr. fs. 202/vta., ibíd.).

Que con fecha 27 de agosto del corriente año, a pedido de la Sra. Fiscal Adjunta (cfr. fs. 206, ibíd.), se celebró nueva audiencia cuyo contenido se plasmó en el acta de fs. 215/217vta. del presente.

IV. Que a partir de la interpretación dada por la Corte Federal al recurso de casación, en resguardo de la garantía contenida en los arts. 8, inc. 2º, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta aplicable en nuestro Derecho la teoría de la *Leistungsfähigkeit* consagrada en la doctrina y jurisprudencia alemanas, que impone –al momento de examinar la sentencia recurrida- efectuar el máximo esfuerzo por revisar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

todo aquello que sea susceptible de ser revisado, es decir que debe agotarse la revisión de lo revisable. De este modo aparece la necesidad de determinar que aquello no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación, bajo el recaudo de no magnificar este tipo de cuestiones (por todo, cf. CSJN, C. 1757. XL, "RECURSO DE HECHO. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-", del 20/09/2005, especialmente considerandos 23°, 24°, 25°, 26°, 32°, 33° y 34° del voto de la mayoría).

Que el Tribunal de mérito tuvo por acreditado "...que el día 5 de junio de 2008, siendo aproximadamente las 16:15 horas, tres sujetos de sexo masculino y otro de sexo femenino, coactuando al efecto, se constituyeron en el domicilio sito en la calle T. n° de la localidad de V. A., partido de L. en el automóvil marca P. ..., dominio ...-.... Que la femenina y dos de los masculinos mencionados ingresaron a la finca en cuestión donde residían R. R. y E. L. R., mientras que el cuarto sujeto permaneció afuera a bordo de un rodado mencionado. Que ya dentro del inmueble mediante amenazas, golpes de puño y maniobras estrangulatorias desplegadas sobre las víctimas, se apoderaron ilegítimamente de una cadena de oro con una piedra de color celeste y un reloj marca F. de acerco con fondo blanco, números romanos y agujas de color negro con un corazón en el segundero, propiedad de los damnificados, provocando, como consecuencia de las maniobras estrangulatorias ejercidas sobre el nombrado R. su fallecimiento, luego de lo cual se dieron a la fuga del lugar con los elementos sustraídos" (cuestión primera del veredicto, fs. 25/vta. de este legajo; en adelante todas las fojas mencionadas pertenecen al presente, salvo indicación en contrario).

Asimismo, consideró que F. D. M. y V. Y. resultaron coautores del

hecho descripto precedentemente (cfr. cuestión segunda del veredicto, fs. 30vta. y ss.).

Que dicho ilícito fue calificado como homicidio en ocasión de robo, en los términos del art. 165 del CP (cfr. cuestión primera de la sentencia, fs. 56/vta.).

Culminada esta pequeña introducción, estamos ahora en condiciones de ingresar al análisis de las impugnaciones deducidas.

α. El recurso presentado en favor de la imputada V. Y.

El agravio central que contiene la impugnación se ancla en la cuestión relativa a la participación de la acusada en el hecho que se le imputa. Para ello, se traen innumerables argumentos que pretenden apoyar la tesis por la cual todas las pruebas en las que descansa la sentencia son el producto del “armado” pergeñado de algunos oficiales de policías, alegando que Y. no participó en el evento disvalioso puesto que, en ese momento, habría estado en la ciudad de L. declarando en una Fiscalía por unos cheques; según dicen, todo ello debido, quizás, a la necesidad de encontrar un culpable, aunque en algún punto del recurso se habla también de una suerte de discriminación en contra de la imputada por el hecho de pertenecer a la comunidad gitana.

Como dije, son muchas las quejas que se esbozan en el escrito recursivo, de manera que voy a intentar abordarlas con una metodología sencilla pero coherente. Hechas las aclaraciones pertinentes, estamos en condiciones de analizar el caso que nos convoca.

1) Con carácter preliminar, debo indicar que todas las objeciones dirigidas contra el acta de debate no pueden ser atendidas (cfr. fs. 76vta. y s., como así también el escrito de fs. 124/125). Ello por cuanto en ningún pasaje de ese instrumento surge que los jueces se hayan entrometido en el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

interrogatorio de los testigos o hayan desplegado cualquier tipo de conducta que signifique un abuso de lo dispuesto por el art. 364, segundo párrafo, del CPP. No es posible verificar lo alegado por la defensa desde que su crítica se limita a realizar meras afirmaciones sin traer pruebas que las sustenten (ver las fojas cit.), pero, por sobre todas las cosas, la deficiencia de su planteamiento se acrecienta pues ni siquiera marcan, enuncian o, al menos, invocan, algún elemento o dato que, por fuera de sus alegaciones, permitiera a este Tribunal, en ejercicio de su función revisora, controlar lo denunciado; en todo caso, la defensa debería haber hecho uso de la posibilidad que prevé el art. 457 de la ley ritual. Lo mismo vale para todas aquellas manifestaciones que realiza a fs. 124/125; sin perjuicio de lo cual, es preciso recalcar que no surge del acta del debate que el o los recurrentes hayan solicitado las constancias que dicen omitidas (ver fs. 124/125), tales como la transcripción de las preguntas formuladas a los testigos y de sus respuestas completas. Para que quede claro: si en el acta no constan aquellas irregularidades denunciadas y si la parte que las invoca se limitó – en ese momento- a suscribirla sin exteriorizar objeción alguna (en su alegato final manifestó únicamente frases aisladas y abstractas, obviando transitar por el sendero de una retórica eficaz y soslayando todo tipo de referencia concreta e individualizada; así, cuando se dijo: *“A los testigos se les permitió sólo decir lo que sabían y no lo que recordaban, para poder así fundar una acusación”,* o *“Se ha interrogado a pares, y se los ha cuestionado respecto a c[ó]mo investigaban”,* ver fs. 15vta. y 16vta. *in fine*) y si, luego en su recurso, o a través del escrito que lo acompaña, pretende evidenciar determinadas irregularidades en el curso del debate prescindiendo de ofrecer prueba –en los términos indicados- que apoye sus alegaciones y hasta omitiendo una mínima y somera indicación que

posibilitase a esta Magistratura por lo menos sospechar de que sus afirmaciones son verosímiles, no hay otra salida que atenerse al contenido del acta de debate y dejando aclarado que, por las razones dadas, no resulta pertinente ni correspondiente abrir un juicio de valor negativo respecto de su contenido.

En este orden de ideas, es necesario puntualizar que las quejas que apuntan a que el testigo F. fue ocultado *“bajo el pretexto de no ubicarlo, y sorpresivamente, luego de que ya habían declarado los testigos G. y E., apareció acomodando sus dichos a todo el plan funcional”* (fs. 78vta. in fine y s.), son contrarrestadas por una constancia dejada en el acta de debate que reza lo siguiente: *“...que la dra. R., a raíz de manifestaciones realizadas por el dr. Churin, expone que la fiscalía no ocultó al testigo, sino que lo protegió, ya que es deber del Ministerio Público hacerlo, y no tiene la obligación de dar datos a la defensa, máxime cuando el testigo realizó denuncias de amenazas, habiendo sido baleada su casa”* (fs. 8vta.); permítaseme recordar que para la época en la que se sustanció el proceso, por lo menos hasta la finalización del juicio oral, se encontraba vigente la ley 12.061 que, en su art. 40, establecía: *“Protección a la víctima y protección a los testigos. El Ministerio Público Fiscal arbitrará los medios para proteger a quienes por colaborar con la administración de justicia corran peligro de sufrir algún daño”* (hoy en día, la ley 14.442 dice en su art. 54: *“Protección en caso de peligro de daño. El Ministerio Público Fiscal arbitrará los medios para proteger a quienes por colaborar con la administración de justicia corran peligro de sufrir algún daño”*). De todos modos, no se advierte que la defensa, más allá de exteriorizar alguna manifestación de carácter discordante, haya efectuado alguna solicitud, oposición o impugnación específica ante el órgano de grado que haya requerido una decisión



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

jurisdiccional en tal sentido. Por esa razón, este Tribunal se encuentra limitado a decir que no ha existido violación a garantía constitucional alguna, ya por el hecho de que la deposición del testigo fue en el marco de un contradictorio oral, con control de la defensa y con la posibilidad de que ese Ministerio pudiera efectuarle las preguntas o requerirle las explicaciones que, de acuerdo a su estrategia, consideraba necesarias, conducentes y útiles para el ejercicio de su derecho; facultades que ejerció efectivamente a tenor de las constancias de fs. 8vta. y s. Por último, no se entiende cómo F. pueda estar representado por el mismo abogado que el particular damnificado, si aquel resultó un testigo y no constituye, en el presente proceso, parte en sentido formal (cfr. CPP, Título IV); salvo que la defensa se refiera a otro procedimiento, pero ya entraríamos en el terreno de las hipótesis dado que los recurrentes no fueron claros al respecto.

Nones pueden prosperar las alegaciones acerca de lo sorprendente que resulta el hecho de que G. no haya comparecido al debate y que desembocan en la afirmación que también aquel fue ocultado. Consta en el acta de debate que la Fiscal de Juicio acompañó las actuaciones de citación, agotando las diligencias debidas y cuyas constancias fueron recepcionadas por el Tribunal a través del letrado autorizado (cfr. fs. 10); precisamente por esa razón, fue que el *persecutor* público solicitó al Tribunal la incorporación por lectura de su testimonio. Al parecer el Dr. Churin tampoco pudo ubicarlo (“...el dr. Churin manifiesta que mantiene los testimonios de las personas mencionadas por la fiscalía, ya que él posee un domicilio diferente al aportado por la dra. Rocovich...”, fs. 10vta.; sin embargo, en la siguiente jornada, el testigo no apareció y el letrado se opuso a su incorporación, cfr. íd.).

2) Sentado ello y tras una lectura del fallo recurrido, estamos ahora

en condiciones de realizar la primera afirmación sobre el fondo del asunto, cual es que la participación de V. Y. –a título de coautora- en el hecho ilícito que se le imputa ha quedado debidamente acreditada a lo largo del debate; de ahí que esa fuera la conclusión a la que arribaran correctamente los magistrados de grado. En este sentido, me permito adelantar que ella trasluce un razonamiento acabado, con apego a las reglas de la sana crítica racional, en lo que respecta a la acreditación de la materia aquí discutida; tampoco, en manera alguna, se advierte violación al *in dubio pro reo*, como corolario del principio de inocencia (art. 18, C.N.), en tanto es posible corroborar la certeza subjetiva alcanzada por los jueces de grado, a partir de un análisis objetivo de la prueba recolectada y de su correspondiente valoración. Es claro que no existió prevaricato como imagina y pregona la defensa con el fin de darle fuerza a sus requerimientos.

A mi juicio, existen varios elementos probatorios que dan por demostrada la imputación que pesa sobre Y. y es esto lo que me encargaré de mostrar a continuación. Sin embargo, es necesario que previamente me aboque a la crítica que –con anclaje en lo normado por el art. 366 del CPP- versa sobre la incorporación por lectura del testimonio de H. E. G. (fs. 223/226 del ppal.); queja que, de alguna manera, no se condice con parte de su línea argumentativa, en tanto que utiliza a ese testimonio en varios fragmentos de su escrito recursivo para mostrar contradicciones con otras declaraciones testimoniales (sirvan estas líneas como adelanto de lo que más adelante diremos al respecto). Por cierto, y en razón de las falsas alegaciones (cfr. fs. 175vta. del legajo) o equivocadas argumentaciones (cfr. fs. 181 del presente) de la señora fiscal de esta Sala, téngase presente que no existe ningún obstáculo formal para su tratamiento y dilucidación, desde que la defensa se opuso oportunamente a su incorporación (cfr. fs. 10/vta.),



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

efectuando luego la correspondiente protesta (cfr. fs. 11) contra la decisión del Tribunal *a quo* (cfr. arts. 366, último párrafo, 351, 429, 448, inc. 1º, y cc. del CPP).

Ante todo conviene aclarar que no es cierto lo afirmado por la defensa (cfr. acta de la audiencia celebrada ante este Tribunal, fs. 176vta.), en torno a que habría solicitado la inconstitucionalidad del art. 366 del CPP (sería del párrafo 4º y no del “inc. 3” como dijo en la audiencia). No surge del acta de debate, tampoco del recurso, que el recurrente haya planteado una cuestión federal compleja, más bien lo que hizo fue introducir una cuestión federal simple (cfr. fs. 10vta., 72vta., 79 y ss. y 81/vta.), cuestionando la inteligencia asignada a dicha disposición por contraponerse a un conjunto de garantías que ostentan una jerarquía normativa superior.

Dijimos que la defensa se valía del primer párrafo del art. 366 del CPP para fundar el argumento tendente a demostrar la imposibilidad de incorporar por lectura el testimonio citado. Este tramo del planteo no podría tener acogida, ya por el hecho de que la propia disposición legal invocada se encarga de enumerar determinadas excepciones al principio que establece en el primer párrafo y precisamente una de ellas es la posibilidad de incorporar por su lectura “[l]a declaración de quien al momento de llevarse a cabo la audiencia (...) se encontrare ausente sin poderse determinar su paradero a condición de que tal circunstancia sea comprobada fehacientemente” (art. 366, párrafo cuarto, del CPP); huelga decir que esa excepción fue la que se configuró en el caso (cfr. acta de debate, especialmente las fs. 10 y 11).

Pero, cierto es, que la defensa –tal como se dijo– plantea una cuestión federal simple, indicando algunas garantías que dice vulneradas a partir de la resolución adoptada. Vista así la cuestión, el examen debe

profundizarse.

Como se sabe, en el precedente *in re* “Benítez”, la Corte Federal tuvo la oportunidad de interpretar el texto del art. 391 del CPPN –de redacción análoga a nuestro art. 366 en cuanto a la problemática que aquí se suscita– sobre la base de garantías de raigambre superior. Allí se dijo que “...la circunstancia señalada por el a quo con relación a que la incorporación por lectura de las declaraciones se produjo en el marco del art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación, en razón de que ‘resultaron infructuosas las numerosas diligencias para lograr su comparecencia a la audiencia’ no basta para subsanar la lesión al derecho de defensa producida durante el debate. El 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. De 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. 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 (conf. TEDH, caso *Unterpertinger vs. Austria*, serie A, N° 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. párr. 31)” (CSJN, causa “B. 1147. XL.”, caratulada “*Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves –causa N° 1524-*”, del 12/12/2006, considerando n° 13 del voto de la mayoría). Pero, a la vez, aclaró “...que el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido ‘una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o *cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra*' (conf. TEDH, caso *Säidi vs. Francia*, Serie A, N° 261-C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, párr. 43 -sin destacar en el original-; asimismo, caso *Barberá, Messegué y Jabardo vs. España*, serie A, N° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988)" (id., considerando n° 14); y, luego de recordar que dichos criterios interpretativos han sido adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Castillo Petruzzi c. Perú" (CIDH, sentencia del 30 de mayo de 1999), el Superior Tribunal de este país destacó que "...la Corte Interamericana consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido conainterrogar a los testigos ni durante la instrucción ni con posterioridad e indicó: *'Tal como lo ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar a los testigos en su contra y a favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa'* (cf. párr. 154, con remisión a los casos Barberá y Bönisch ya mencionados)" (ibíd., considerando n° 15).

Ahora bien, si se pone suma atención a lo afirmado por el Alto Tribunal Federal, no puede perderse de vista una cuestión trascendental para la resolución de la controversia que aquí se presenta, esto es, que el estándar garantista no se ve en modo alguno afectado si la defensa pudo conainterrogar a los testigos de cargo en alguna oportunidad del proceso, aún cuando lo haya hecho durante la instrucción. Tal afirmación se desprende con total claridad a partir de las siguientes líneas que transcribo nuevamente: "...la Corte Interamericana consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido conainterrogar a los testigos ni durante la instrucción ni con posterioridad..." (CSJN, causa cit.,

considerando nº 15; el subrayado me pertenece a los fines ilustrativos). Es más, parte de la doctrina al comentar el fallo “Benítez” le asignó idéntica inteligencia, afirmando que “...sólo cuando la defensa ha tenido en alguna etapa previa la efectiva posibilidad de controlar el testimonio cuya incorporación por lectura se pretende se estará entonces ante un procedimiento válido” (CARRIÓ, Alejandro, *El derecho a confrontación de testigos de cargo. Garantía constitucional y un llamado a la realidad*, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, LexisNexis, nº 6/2007, ps. 1093/1094); y, refiriéndose a la frase que destacamos *supra*, concluyó diciendo: “Esta mención de la Corte argentina sugiere lo siguiente. Si durante la instrucción la recepción de un testimonio tiene lugar con intervención de las partes y con posibilidad de la defensa de repreguntar, entonces ese control será considerado suficiente en caso de que luego, en la etapa de debate, resulte imposible la nueva comparecencia de ese mismo testigo” (CARRIÓ, ob. cit., p. 1094).

Bueno, pues, la defensa técnica de V. Y., tuvo efectivamente aquella posibilidad enunciada en el párrafo que antecede. A fs. 223/225vta. del expediente principal se encuentra glosada la declaración prestada por H. E. G. durante la investigación y en sede Fiscal, donde el nombrado ratificó “...íntegramente su declaración prestada en sede policial a fs. 35 y vta., reconociendo como propia la firma estampada al pi[e] de dicho instrumento” (fs. 223vta., ppal.). De la citada pieza, surge que el acto se desarrolló con “...la presencia de los Dres. Omar Luis Daer y Leonardo Mariano Churin, letrados defensores de la imputada Y. ...” (id.); pero no sólo eso, sino que además se advierte que éstos tuvieron una participación activa en el mismo, formulando preguntas que fueron contestadas (“Que a preguntas que le formula la defensa de la encartada Y., el testigo expresa...”; fs. 223vta.,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

ppal.) y hasta solicitándole al testigo que efectuara un croquis a mano alzada respecto de la ubicación de la casa de la víctima y de los rodados involucrados, lo que también se cumplió (cfr. fs. 225 y 226, ppal.). Como corolario, es dable destacar que no consta en la pieza otrora mencionada que la defensa se haya visto impedida de formular alguna pregunta o inquietud (art. 279, CPP), con el agregado –no menor por cierto- que aquella se encuentra rubricada por los dos letrados defensores sin constancia alguna de disconformidad u objeción con el acto (cfr. fs. 225vta. del ppal. y art. cit.). De manera que, las consideraciones críticas que lucen a fs. 81 de su recurso, flotan en un horizonte de abstracción al no tener correlato con lo verdaderamente acontecido en autos.

No obstante, lo que hasta ahora venimos afirmando, sería válido únicamente en relación a la declaración de H. E. G. (cfr. fs. 223/225vta. del expte. ppal.), no así respecto del reconocimiento que éste efectuara a fs. 213/214 del ppal.; la defensa, en relación a esto último, también se opuso (cfr. fs. 10vta.), formuló protesta (cfr. fs. 11) y de alguna manera se agravió en su recurso y en el acta de fs. 174/177. En rigor de verdad, no estoy completamente seguro que, al impugnar la sentencia, la defensa de Y. haya consentido –en última instancia- el conflicto que el reconocimiento de G. suscitó, dado que muchas veces hizo referencias generales señalando la persona protagonista del acto pero no especificó el acto al cual se refería (véase especialmente la foja 79 *in fine* y el primer párrafo de la 79vta.); es cierto que no fue preciso, pero creo que eso no puede jugarle en contra. Ergo, encontrándose en juego elementales garantías constitucionales que hacen a la defensa y al derecho a obtener una revisión lo más acabada posible, considero que cualquier enfoque formal del agravio podría lesionarlas, de ahí que voy a incluir al reconocimiento citado como parte

integrante de su crítica.

Retomando, no hay dudas de que el reconocimiento de G. fue incorporado al debate en franca oposición al derecho positivo vigente, por cuanto aquí el texto de la ley ritual no deja dudas al decir: “...y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate al solo efecto de verificar sus contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada” (art. 366, párrafo 6to, CPP; el subrayado es propio). De manera que, si no concurrió el testigo al debate, no es posible incorporar por lectura el reconocimiento que efectuara durante la instrucción, aun cuando la defensa haya podido controlar el acto; ello así, puesto que el impedimento aparece literalmente en el propio código de procedimientos y la hermenéutica que - sin fundamentación plausible- realizó el Tribunal (cfr. fs. 11) se opone palmariamente a él.

De todos modos, pasando por alto todo lo anterior, hay una circunstancia decisiva, esto es, toda la imputación que recae sobre Y., independientemente de las piezas de fs. 213/214 (reconocimiento de G.) y 223/226 (declaración y croquis de G.) del ppal., se mantiene inalterada; incluso -extendiéndonos por fuera de lo alegado- tampoco influye la declaración del testigo de actuación R. R. R. (fs. 332/333, ppal.), cuya incorporación por lectura también motivó la oposición y protesta oportunas (cfr. fs. 10vta. y 11). En otras palabras, subsisten otros elementos - introducidos regular y legalmente al plenario- que fueron correctamente ponderados por el Tribunal de mérito y que dan suficiente respaldo a la condena impuesta, toda vez que, prescindiendo totalmente de aquellas piezas controvertidas y hasta desechando cualquier valor que pudieran ostentar como indicios de cargo, la prueba de cargo que afirma la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

participación de Y. en el ilícito imputado (la materia discutida) queda intacta. En suma y atento lo dicho, aplicaré igual criterio al postulado por el Procurador Fiscal en su dictamen de causa “A. 935. XLI”, caratulada “*Alfonso, David Abraham s/ causa N° 4558*”, cuyos fundamentos y conclusiones fueron compartidos por la mayoría de la Corte Federal (cfr. CSJN, causa cit., con fecha 25 de septiembre de 2007; téngase en cuenta que este pronunciamiento es posterior a “Benítez”, lo que permite determinar que la postura asumida en “Alfonso” no se contrapone a la doctrina sentada en Fallos: 329:5556); dejando aclarado que en el presente la revisión no se circunscribe al supuesto de arbitrariedad de sentencias, sino al examen propio de un recurso que tiene como fin el aseguramiento de las garantías contempladas en los arts. 8, inc. 2º, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de conformidad a las pautas sentadas por el Alto Tribunal Federal en el precedente *in re* “Casal”. Paso, entonces, a explicar.

Esencial y esclarecedor es el testimonio de E. L. R., víctima de autos y esposa del fallecido R. R. Durante el juicio oral, manifestó que “...siendo aproximadamente las 16.00 horas se encontraba planchando en el fondo de su casa en el quincho. Que su marido la llamó ‘nena vení’ y la dicente le respondió que ya iba. Que la llamó de vuelta y la deponente se dirigió hacia donde se encontraba, y, al pasar por el garaje, cuando estaba por llegar al portón, salió una mujer con una carpeta en la mano y le dijo ‘hola, me presento soy amiga de O.’. Que a la dicente le sorprendió que estuviera dentro de la casa, pero en ese instante la chica fue por detrás y la agarró del cuello. Que comenzó a pedirle que le diera la plata. Que la apretó con mucha fuerza en la garganta para que no pudiera respirar, que la quería

matar. Que en determinado momento vi[o] que otro sujeto de sexo masculino estaba forzando a su marido, que lo tenía agarrado de atrás, con una mano en el cuello, y la dicente le pidió que por favor no le pegara ya que sufría del corazón. Que la chica le dijo que no importaba y le pegó. Que allí otro sujeto masculino, gordito, fue arriba a la casa a revisar. Que abajo quedaron la dicente con la mujer y el otro hombre con su marido. Que de repente su marido cayó al piso y allí el sujeto gordo que había subido bajó raudamente y le dijo a la chica que largara a la dicente. Que el sujeto masculino gordito le pegó una trompada en el ojo y se escaparon. Que su marido quedó tirado en el piso y la deponente le pegó en la cara para que le contestara, pero no le respondió...” (cuestión primera del veredicto, fs. 26/vta.). Ella también contó que, luego del hecho, pudo constatar que le habían robado una cadena de oro con dos piedritas celestes y un reloj marca “Festina” (cfr. fs. 26vta.) y “...que el placard de su habitación estaba todo revuelto con los cajones en el suelo, que era donde la dicente guardaba dichos objetos” (fs. 26vta. *in fine* y s.). Es preciso dejar en claro, a pesar de que no esté discutido, que R. R. falleció a raíz de la violencia física sufrida con motivo del atraco; ello puesto que –según expone el *a quo*- de la autopsia glosada a fs. 4/10 (expte. ppal.) “...surge que R. R. presentaba signos compatibles con comprensión extrínseca de cuello por mecanismo de estrangulación manual y que la muerte fue producida por mecanismo violento y a consecuencia final de un paro cardio-respiratorio traumático...” (fs. 29vta.), sumado a que, en el protocolo de autopsia acompañado por la Agente Fiscal como instrucción suplementaria, “...se concluyó que la muerte de R. R. fue producida por mecanismo violento y a consecuencia de un paro cardio-respiratorio traumático, siendo la causa originaria una asfixia



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

mecánica por comprensión extrínseca de cuello por probable mecanismo de estrangulación manual” (fs. 29vta. y 30).

A partir de esa breve reseña ya podemos sacar algunos datos relevantes: a) R. vio que ingresaron tres sujetos a su propiedad con claras intenciones de apoderarse ilegítimamente de sus pertenencias; b) el apoderamiento se consumó y con ocasión del mismo resultó la muerte de R. R.; c) que uno de los tres atracadores era una mujer que llevaba una carpeta en mano. Bueno, pues, esa mujer que formaba parte de la empresa criminal, no era otra que la imputada de autos, esto es, V. Y.

Ciertamente R. pudo dar algunas precisiones de la apariencia de esa mujer (constancia -dejada por el Dr. Churín- que obra a fs. 3 del acta de debate: “que la mujer era alta, de te[z] oscura, morocha”; según surge del veredicto a fs. 43, aquella habría referido que la mujer era alta -1,70 m. o más-, corpulenta, tez oscura, morocha y cabello negro, de 30 años aprox. y de ojos oscuros) y de cómo lucía en ese momento (“[q]ue el día en cuestión esta femenina estaba con pollera y saco azul y tenía el pelo recogido”, fs. 27; cfr. también fs. 43), como también lo hizo el testigo P. N. F. quien en el curso del debate relató que el día del hecho circulaba junto con su compañero E. G. y que, unos treinta metros antes de la casa de R., vio al nombrado en la puerta de la finca hablando con tres personas, una señora y dos hombres, detallando que “...la señora tenía los cabellos oscuros recogidos, 1,70 de estatura aproximadamente, vestía como un tapado oscuro azul o negro y tenía una carpeta en la mano” (cfr. fs. 28); téngase presente esta absoluta coincidencia entre la descripciones de R. y F., pues sobre ello volveremos luego.

Sin embargo, el cauce investigativo encontró su rumbo gracias a la investigación desplegada por dos funcionarios de la policía: R. H. D. y J. A.

R. El primero declaró en el debate "...que prestaba funciones en la seccional de L. 3º -V. A.-. Que a raíz de varios hechos de los denominados 'entraderas' en el partido de Lanús, fue comisionado a realizar tareas investigativas. Que en relación al presente hecho manifestó que ese día recibieron un llamado al 911 y un móvil se dirigió al lugar y constató que había un hombre fallecido en el piso. Que también se encontraba en el lugar una señora que había sido golpeada y estaba con un ataque de nervios. Que comenzó a averiguar entre los vecinos qué era lo que habían visto para recabar información. Que el dicente y el oficial R. llevaron adelante la investigación. Que en el velorio de la víctima se le acercó una persona que le manifestó que el día del hecho había visto unos sujetos con la víctima, los cuales se desplazaban en un vehículo P. gris ..., y, además, aportó parte del número de la patente de dicho rodado. Que el modus operandi de este hecho era similar a otros que venían investigando; que en dichos hechos intervenían gitanos que golpeaban a personas de avanzada edad o los agarraban del cuello y luego les robaban las pertenencias. Que con todos esos datos se logró ubicar dicho rodado en Capital Federal. Que se estableció que en dicho vehículo se desplazaban gitanos, observándose también a mujeres con los vestidos característicos..." (fs. 31vta. y s.); por su parte, R. durante la audiencia oral dijo "...que se desempeñaba como teniente en la seccional de L. 3º. Que en horas de la tarde recibieron un llamado informando sobre la comisión de un robo y que un hombre mayor había fallecido. Que llegaron al lugar junto con el teniente 1º D. y ya había otros efectivos en el mismo. Que el dicente habló con la víctima, una señora que estaba golpeada y muy nerviosa, para interiorizarse de lo que había sucedido. Que la señora le dijo que habían sido una femenina robusta, alta, tez trigueña, y dos masculinos de tez trigueña, también robustos y altos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Que los habían golpeado y les habían robado algunos objetos. Que también se entrevistaron con un testigo que había visto en el lugar del hecho un auto gris, P. ... y aportó parte de la patente. Que D. ya venía investigando con el fiscal Arocena hechos de similares características[,] de gitanos que ingresaban a domicilios y robaban a sus moradores. Que a partir de la información recolectada, siguieron con la investigación. Que con los datos que obtuvieron orientaron [la] misma para domicilios sitios en J. B. J. y B. y encontraron al vehículo en cuestión en un domicilio de la calle J. B. J. Que en dicho rodado se movilizaban un masculino y un femenino de similares características a las aportadas por la víctima. Que a estas personas se las individualizó, pero no recordaba si con nombre y apellido o con los apodos. Que luego llevaron a cabo un allanamiento en una finca sita en J. B. J. en el cual se detuvo a dos personas, un masculino y otra femenina, y se secuestraron elementos, creía que una cadena y un reloj. Que la femenina que estaba identificada por el apellido y un apodo, en el momento del allanamiento se identificó con otro apellido, por lo que se llamó al Juzgado de Garantías el cual avaló la detención de la misma puesto que era la que había sido vista en el vehículo investigado y entrando y egresando del domicilio en cuestión...” (fs. 32/vta.). Asimismo, cabe resaltar que el vehículo comprometido –P. ...- fue fotografiado en la puerta de la casa de la imputada, conforme surge de las placas fotográficas glosadas a fs. 69 del expte. ppal. (incorporadas al juicio, según fs. 2069 del ppal.).

No menos importante fue la declaración aportada en el juicio oral por C. D. S. El citado testigo era principal de la Policía Federal y prestaba funciones en la División Robos y Hurtos. Él fue uno de los que intervino en el allanamiento, ilustrando al Tribunal de mérito sobre lo sucedido al decir que “...a través del Juzgado de Rogatorias de Capital solicitaron un

allanamiento en la avenida J. B. J., a fin de detener a dos masculinos y un femenino y secuestrar alhajas y un vehículo. Que concurrió con un grupo especial de la Policía Federal que era de irrupción y contención. Que solicitaron la cooperación de dos testigos hábiles, y fueron al domicilio. Que también estaban con personal de la Policía de la Provincia que había efectuado la investigación. Que ingresó el grupo de irrupción, redujo a los ocupantes y ahí ingresó el dicente junto con el resto del personal policial y los testigos. Que detuvieron a un masculino que figuraba en la orden de allanamiento y se secuestró un reloj y una cadena. Que había una mujer que decía estar embarazada (...). Que cuando se la identificó se constató que tenía un apellido diferente al que figuraba en la orden de allanamiento, pero el personal de la Polici[í]a de la Provincia refirió que esa mujer era la persona buscada, por lo cual se comunicó esa circunstancia al Juzgado de provincia y allí se dispuso la detención de la femenina en cuestión. Que el dicente también se comunicó con el juzgado de rogatorias y éste aprobó la detención (...). Que los elementos incautados estaban dentro de un placard en una habitación en planta baja. Que el reloj tenía [en] una de las agujas, o en ambas, una forma de corazón, que era lo que pedía la orden de allanamiento. Que la cadena era dorada, creía que era un crucifijo y con una piedra roja o azul...” (fs. 41/vta.). Ese procedimiento fue avalado por el testigo de actuación que concurrió al debate, H. H. G., quien declaró “...que el día en cuestión se dirigía a su trabajo para ingresar a las seis de la mañana. Que bajó del colectivo y lo paró un policía de civil junto con otro, quienes se identificaron con la credencial y le dijeron que lo necesitaban como testigo para un allanamiento. Que lo subieron al móvil con otro testigo y lo llevaron a la fábrica para que revisara. Que luego se dirigieron a la finca a allanar y los hicieron aguardar, para resguardar su identidad, mientras la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

policía ingresaba a la casa. Que controlada la situación, los hicieron ingresar a ellos con el policía que estaba en el móvil. Que al entrar vieron a un sujeto de sexo masculino con las muñecas precintadas. Que le leyeron lo que buscaban, siendo que buscaban un reloj, una cadena y papeles de un auto. Que luego de esa lectura designaron una persona y le explicaron al deponente que tenía que ir al lado de éste y ver todo lo que [é]l hacía. Que ingresaron a una habitación de la izquierda y el policía comenzó a buscar por las mesas de luz, luego en el placard y lo que iba sacando se lo mostraba al dicente. Que en determinado momento encontró un reloj, el cual coincidía con el que estaba escrito en la orden de allanamiento, la cual la volvieron a mostrar. Que las características eran iguales (...). Que mientras se estaba llevando a cabo el procedimiento, ingresaron dos personas más que también eran gitanos por la forma que hablaban y vestían. Que uno de ellos, robusto, quien vestía traje blanco, de unos 40 [ó] 50 años, le preguntó al dicente si era testigo y le manifestó ‘¿vos cu[á]nto querés?’. Que le reiteró cu[á]nto quería y en ese momento un policía advirtió la situación y le dijo a esta persona que no jodiera más al dicente y lo sacó de allí...” (fs. 41vta. y s.).

Por supuesto que la mujer detenida en aquel procedimiento era la aquí imputada Y. (cfr. fs. 42vta. *in fine*). Y, si bien el testigo de actuación no pudo recordar durante el debate si habían detenido a una femenina (cfr. fs. 42), lo cierto es que sí lo hicieron J. A. R. (cfr. fs. 32vta.) y C. D. S. (cfr. fs. 41/vta.).

Efectivamente los elementos secuestrados pertenecían a la víctima de autos. R., pese a que en una primera oportunidad dijo que el reloj y la cadenita que le exhibieron no eran suyas, posteriormente explicó que ella estaba muy nerviosa pero que “...en su casa más tranquila recordó y las

reconoció; que era una cadenita con dos piedritas y un reloj. Que estaba segura que esas eran las cosas que le habían robado” (cfr. fs. 27). La equivocación que, al principio, comete la víctima tiene una explicación sensata y racional: se trata de una mujer que a los 71 años de edad fue víctima de un desapoderamiento violento, en el que vio morir delante de sus ojos a su compañero de vida, lo cual justifica ese estado de nerviosismo en el que se encontraba ni bien sucedido el hecho (nótese que ello fue hasta percibido por D. –ver fs. 31vta.- al decir que la señora “...había sido golpeada y estaba con un ataque de nervios” y por R. –ver fs. 32- cuando afirmó que “...habló con la víctima, una señora que estaba golpeada y muy nerviosa...”; asimismo, dato relevante aportó su hijo –ver fs. 26- cuando contó al Tribunal: “Que su madre efectuó un reconocimiento en rueda de personas... y la nombrada salió descompuesta...”) y que la llevó a decir lo que dijo, pero luego al recuperar un poco la calma pudo rectificarse. Es un error atendible e intrascendente que puede cometer cualquier sujeto en una situación similar, porque resulta por demás lógico que una persona que acaba de ser víctima de un ilícito y que perdió a su marido, viéndolo morir y sin nada que poder hacer, se encuentre desorientada debido a su estado de angustia y desazón; no es posible dejar de reconocer la intrascendencia del desatino de quien, inmersa en un manto de tristeza, no pudo al inicio reconocer los objetos si luego, al tranquilizarse, no dudó de que aquellos le pertenecían mas sin dejar de explicar el motivo de su primera negativa. Cuando la defensa se queja de que R. –atendiendo a que había tres cadenitas y tres relojes- no indicó a cuál de las cosas que se le exhibieron se refería, olvida que aquella sí referenció los objetos sustraídos, circunscribiéndolos al describir las características propias de cada uno: “Que luego del hecho constató que le habían robado una cadena de oro con



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

dos piedritas celestes y un reloj marca 'Festina'..." (fs. 26vta.); detalles que, cotejados con los reconocimientos en rueda de cosas practicados a fs. 173/174 y 175/176 del ppal. (prueba incorporada por lectura, cfr. fs. 2069 del ppal.), despejan las dudas que siembra la defensa en tanto que sólo una de las cadenas exhibidas tenía "una piedra de color celeste" (cfr. fs. 173/vta., ppal.) y, a la vez, sólo uno de los relojes de la rueda de reconocimiento era marca "Festina" (cfr. fs. 176/vta., ppal.). No obstante, hay una cuestión que ratifica lo que venimos diciendo: tan nerviosa estaría la señora R. al momento de practicarse el reconocimiento que, habiendo descrito previamente –casi con perfección, podría decirse- los elementos sustraídos, no pudo luego reconocerlos; así, por un lado, a la cadena que le quitaran los atracadores (según detalle de fs. 173vta. del ppal., la que fuera secuestrada era de "color dorado, la cual posee un di[j]e, tipo crucifijo, con una piedra de color celeste"); la describió como una "cadena de oro y con una florcita de color aguamarina o celeste" (cfr. íd.) y, por el otro, al reloj sustraído (según se lee a fs. 175vta. del ppal., el que fuera incautado era de "color plateado, con fondo blanco, marca FESTINA, el cual posee sus n[ú]meros en romano, siendo que la aguja del segundero posee una terminaci[ó]n, tipo gota") lo hizo manifestando que era "un reloj marca Festina, redondo de cuadrante blanco, con malla plateada" (cfr. íd. anterior).

Amén de lo dicho, no puede soslayarse que O. C. R., hijo de las víctimas de autos, declaró en el debate que "...su madre le contó que le habían robado una cadenita y un reloj marca 'Festina', con fondo blanco y números romanos negros, elementos los cuales guardaba en el placard. Que el deponente subió a la pieza y observó que la cómoda y el placard estaban revueltos" (fs. 26) y exhibido que le fuera –también en el debate- el reloj incautado, manifestó que era de idénticas características al de su

madre, asegurándolo al detallar "...que incluso tenía un corazoncito en la aguja del segundero" (cfr. fs. 26, donde surge que el testigo dijo "idénticas características" y no "similares" como expone la defensa; súmesele que sobre el particular no se ha dejado constancia alguna en el acta debate, cfr. fs. 2vta.); recuérdese la descripción de S. cuando dijo "[q]ue el reloj tenía [en] una de las agujas, o en ambas, una forma de corazón, que era lo que pedía la orden de allanamiento" (fs. 41vta.). También, vale resaltar, que durante la audiencia oral, C. D. S. reconoció el reloj y la cadena como los secuestrados durante el transcurso del allanamiento (cfr. fs. 41vta.), al igual que el testigo de actuación que reconoció el reloj como el que fuera secuestrado oportunamente (cfr. fs. 42).

El análisis que antecede demuestra con suma claridad que en la finca en donde se detuvo a Y., se encontraban los objetos sustraídos y que éstos pertenecían a las víctimas de autos, por lo menos con seguridad uno de ellos, puesto que todos los testigos coincidieron en reconocer al reloj, ya sea el policía que realizó el allanamiento y el testigo de actuación, o bien la víctima como su hijo. Es así que, como bien apuntó el *a quo*, la queja relativa a la ausencia de cadena de custodia no incide en la cuestión desde que durante la audiencia de debate el propio testigo de actuación, H. H. G. reconoció el reloj que se le exhibiera como el incautado oportunamente en la casa de V. Y. (cfr. fs. 44 *in fine* y 44vta.). Baste sólo con ello para indicar que hubo efectivamente un apoderamiento ilegítimo, más allá de que la víctima R. también había reconocido la cadena y que el ilícito típico en cuestión (art. 165, CP) quedó de todos modos perfeccionado con la muerte de R. R. (sobre esto último, cfr. TCPBA, Plenario en causa N° 12.442; DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-B, 2da. ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, ps. 201/202; CREUS, Carlos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, 7ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimp., Astrea, Bs. As., 2010, § 1029; entre otros); de ahí que el tema de la cadena no incide en manera alguna en la situación de Y., si no se computó como agravante la extensión del daño causado en referencia a los objetos sustraídos (cfr. cuestión quinta del veredicto, fs. 54vta. y s.). Por último, dos aclaraciones sobre este punto: la defensa no indica de donde extrae que O. C. R. haya dicho que el reloj (sustraído) de R. se lo había regalado su padre (ver fs. 77 de su recurso), como así tampoco lo hace en relación a la frase que le adjudica a R. a fs. 77vta., siendo menester agregar que aquello no surge del acta de debate (cfr. fs. 2vta. y 3vta./4, respectivamente) ni de las constancias del fallo (cfr. fs. 25vta./26 y 26/vta., respectivamente); de todas formas, aun siendo cierto lo alegado, son circunstancias que no inciden en absoluto toda vez que, por un lado, es lógico pensar que si R. no vio que el atracador tuviere objetos en la mano fue porque los llevaba escondidos entre sus ropas y, por el otro, porque sea quien haya sido el que le regaló el reloj a la señora, lo cierto es que era de su propiedad y que fue despojado del mismo.

Tampoco pueden prosperar aquellas objeciones que, partiendo de que los testigos de actuación ingresaron con posterioridad a la policía, tienden a demostrar que los objetos fueron plantados; hay, aquí también, una suerte de contradicción en la estrategia ya que pregonan la aplicación de un criterio realista por sobre las formas (ver al inicio de fs. 82), contrariando lo que más adelante indican en relación a la fe que ostenta el instrumento público que no fuera redargüido de falso. La descripción que realizó –durante el debate– el testigo de actuación acerca de cómo se desarrolló el allanamiento (cfr. fs. 41vta. y s.; ver el detalle *supra*), es prueba cabal de la regularidad en la que se desarrolló el procedimiento y no

encuentro razón alguna para dudar de ello, precisamente porque el citado testigo le respondió a la defensa que “...desde que ingresó la policía hasta que lo hicieron ellos pasaron menos de diez minutos, que entraron al instante. Que les dijeron que ello era así para preservar su integridad y asegurar el lugar, que primero ingresaba parte de la policía y luego ellos. Que creía que el reloj estaba adentro de una bolsa; que al revisar los elementos se cayó y así lo encontraron. Que el policía le mostraba todo lo que hacía” (fs. 42/vta.). La defensa debe comprender que la policía tiene como deber, ante todo, proteger a las personas, por ello es que, en todos los procedimientos, necesariamente ingresa primero el personal policial a efectos de resguardar la integridad física de las mismas; a lo sumo, si hubo alguien que quiso fraguar el procedimiento no fue precisamente la policía (cfr. fs. 42).

Puede notarse con facilidad que el panorama comienza a esclarecerse y la prueba se perfila hacia un punto que deviene inobjetable. Queda, no obstante, lo más importante. Efectivamente, R. reconoció a Y. como “...la femenina que había entrado a su casa...” (fs. 27), justificando tamaña afirmación ya que, con total seguridad, explicó que no albergaba dudas “...porque la tuvo en la cara continuamente” (íd.); si se quiere, puede anotarse que aquello consta en el acta de debate (cfr. fs. 3, se lee en una constancia fiscal: “que a la mujer la reconoció con prontitud porque la tuvo en la cara continuamente”) y que lo plasmado en el acta de reconocimiento de fs. 181/182 del ppal. (incorporada por su lectura con el alcance del art. 366; cfr. fs. 2070, ppal.) es conteste con la versión dada en la oralidad pues allí se dejó constancia de que R. manifestó “sin lugar a dudas” (véase fs. 182, ppal.). En este andarivel, se ponderó también “...la deposición del testigo F. quien manifestó que la mujer que vi[o] el día en cuestión tenía los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

cabellos oscuros, vestía un tapado azul oscuro o negro y tenía una carpeta en la mano. Que recreada durante el debate la rueda de reconocimiento de personas en la que el deponente participó, refirió que fue convocado a efectuar una rueda de reconocimiento de personas en el edificio de Lomas de Zamora. Que vi[o] a través de un vidrio y pusieron a cuatro mujeres, pero el dicente tuvo dudas, puesto que había dos que eran muy parecidas, y por eso manifestó que no reconocía a ninguna. Que las dudas eran con la n[ú]mero 4 y, creía, que la 2, ya que eran muy similares. Destaco a esta altura que la número 4 en dicha rueda era la aquí imputada Y. (confr. fs. 211/212)” (fs. 43/vta.). El indicio de cargo valorado, contrariamente a lo que opina la defensa, resulta ajustado a las reglas de la sana crítica racional. Algo había anticipado en el sentido de que esta descripción deviene prácticamente exacta a la que hizo la víctima R., ambos dijeron que la mujer llevaba una carpeta en mano y vestía una especie de saco o tapado azul (cfr. sus declaraciones en la cuestión primera del veredicto, fs. 27/vta. y 28/vta. respectivamente). De allí que, R. y F., hablan de la misma persona; luego, si R. pudo reconocerla sin albergar duda alguna, y si F. dudó y por esa razón no pudo hacer lo mismo pero, en última instancia, señaló a dos personas y una de ellas era la imputada de autos, se forma un indicio de cargo relevante que está perfectamente ponderado en ese sentido (cfr. fs. 44).

El reconocimiento de R. y el indicio que emerge de las aclaraciones que hiciera F. (ver párrafo que antecede), tienen un valor especial si se examinan las fotografías de fs. 383 y 1083 del expte. ppal. (incorporadas al debate; cfr. fs. 2069, ppal.). Y así lo juzgó con acierto el Tribunal al tomar vista de las mismas, por cuanto expuso que: “Se aprecia a simple vista el innegable trabajo previo que implicó la constitución de dichas ruedas en

aras de alcanzar la similitud en la apariencia de quienes las integraron...” (fs. 43vta.); agregando lo siguiente: “Nótese, en relación a las ruedas efectuadas por... y F. (fs. 383), no sólo la similitud de características físicas de las integrantes de la misma, integrada por individuos de la misma etnia – dándose estricto cumplimiento a lo normado por el art. 259 del ritual en donde establece condiciones exteriores semejantes de los integrantes-, sino incluso que las cuatro integrantes de dicha rueda se encontraban vestidas exactamente igual, esto es con buzos, remeras y pantalones de idénticas características. Iguales consideraciones respecto a la rueda efectuada por la sra. R. (fs. 1083), donde no sólo todas las integrantes se encontraban vestidas con prendas típicas de la colectividad gitana, sino que incluso con el mismo peinado, todas con dos trenzas cayéndoles sobre el pecho” (fs. 43vta. y s.). Por mi parte, quisiera agregar que pocas veces he visto una rueda en donde los integrantes sean tan parecidos, ora por su apariencia física, ora por las prendas que vestían (cfr. fs. 383 y 1083, ppal.); de modo que el reconocimiento de R. deviene categórico, la duda de F. justificada y el indicio que se extrae de su explicación posterior atendible como elemento de cargo.

Resta solamente decir que, como resultado de la inmediatez, el magistrado preopinante –cuyo voto contó con la adhesión simple de sus colegas- dejó constancia de la impresión que le merecieron los citados testigos al afirmar “...no he advertido de los testigos valorados odio, animadversión o interés particular alguno como para pretender justificar un concierto de voluntades tendiente a incriminar falsamente a la imputada en un hecho delictivo. Por el contrario, los mismos lucieron sinceros, espontáneos y contestes entre sí” (fs. 44vta.). Esa impresión subjetiva tiene un correlato objetivo porque la prueba de cargo analizada es abundante y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

decisiva, no hay grietas ni fisuras, sino que los elementos valorados forman un todo armónico y coherente que dan la certeza que este tipo de pronunciamientos requiere.

Se ha mostrado, así, que aun prescindiendo de las piezas incorporadas por lectura objetadas por la defensa, la prueba de la participación de Y. se mantiene intacta.

Igualmente y antes de pasar al análisis de la versión de descargo, es preciso contestar las restantes críticas que se dirigen al plexo de cargo.

Las objeciones que redundan exclusivamente en torno al testimonio que G. prestó durante la IPP (tales como: a) según fs. 79/vta., la pregunta que esconde la objeción acerca de cómo el Tribunal pudo saber que no se expresó con odio, animadversión o interés particular, si no escucharon al testigo; b) según fs. 80/vta., no se explica que en el lapso en el que pasara pudiera rememorar la patente del automotor sólo por jugar a la quiniela y memorizar números; c) según fs. 86/vta., la denominada “tercera contradicción” por la forma en que G. se entera del hecho y su aparente discordancia con un informe de Nextel) no tienen trascendencia en la decisión, a partir de que se ha mostrado que prescindiendo de su declaración –tal como lo solicitó enfáticamente la defensa- la imputación sigue firme. Por esta razón y por lo que vendrá a continuación, dije que se había empleado una estrategia algo contradictoria; lo remarco pero no lo juzgo.

Idéntica respuesta cabría realizar frente a todas las contradicciones que marca de la mano de aquel testimonio aquí descartado; igualmente, voy a responder a lo alegado al sólo efecto de demostrar que no hubo ningún procedimiento armado, ni que los jueces hayan falseado la prueba o desconsiderado contradicciones insalvables habidas en la causa. A las

contradicciones “primera” (cfr. fs. 85/vta.; tamb. fs. 78vta.), “segunda” (cfr. fs. 85vta. y s.) y “cuarta” (cfr. fs. 86vta.) corresponde refutarlas con los siguientes argumentos: 1) ubicación de los sujetos ante la vista de los testigos (primera contradicción): no encuentro que F. haya dicho exactamente lo que la defensa alega que dijo (“*el testigo F.... ubic[ó] a las personas que dijo haber visto de la siguiente manera ‘..[.] a R...., con dos personas del sexo masculino y una del sexo femenino, en la vereda a la altura del garage..[.]’*”; fs. 85, se omiten los destacados), ya que -en referencia al tópico que introduce- del acta de debate únicamente se puede extraer que aquel declarara “*que las personas que él ve, estaban delante del auto, y al frente del garage*” (fs. 9) y del fallo que “*...unos treinta metros antes de la casa de R., vi[o] al nombrado en la puerta de la finca hablando con tres personas, una señora y dos hombres*”, que “*...la mujer estaba al costado de R., otro masculino de frente, y el restante un poco más atrás*” y que “*...también en el velatorio habló con O. y le contó que lo habían visto al padre hablando con estas personas en la puerta de la casa*” (cfr. fs. 28/vta.); en ningún momento dijo que R. estaba en la vereda –aquí residiría la contradicción con lo señalado por G., según la transcripción que hace a fs. 85- únicamente refirió que aquel estaba en la puerta de la finca, sin especificar si era del lado de adentro o de afuera y, aún cuando pudiera deducirse forzosamente a partir de la segunda frase extraída de la sentencia, es palmariamente claro que una discordancia de ese estilo resulta insignificante e intrascendente, pues sea donde haya estado ubicado la víctima R., F. reconoció que entre el grupo había una mujer con una carpeta en la mano y vistiendo un saco oscuro (azul o negro) tal como la describió R. (la otra víctima de autos); 2) ubicación del automotor del Sr. R. (segunda contradicción): si se mira bien, no hay aquí una verdadera



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

contradicción desde que la defensa dice que F. acomodó su discurso a lo que ya habían declarado los testigos G. y E.; sin embargo, he de resaltar que los dichos de F. (se puede leer a fs. 9 del acta de debate: “que exhibida que le fuere la foto de fs. 1108 del principal, el testigo respondió *‘que cuando él pasa, el auto estaba corrido un poco más para adelante’*”), de E. (surge a fs. 3 del acta cit.: “que exhibida que le fue la foto de fs. 1108, el testigo refiere *‘que el auto estaba por sobre la vereda, obstruyendo la entrada del domicilio de la persona, y la policía pide que lo corran para que pueda estacionar la ambulancia’* y anteriormente había dicho “*Que el auto del padre de O. lo conoce, era un Citroen C-4 color champagne, al cual empujaron casi a la vereda del vecino’*) y de G. (se lee a fs. 3vta. del acta cit.: “que la posición del coche no era la que figura en la foto de fs. 1108, sino que estaba más adelante”, “que el auto estaba corrido tres metros hacia el portón cuando la señora pidió auxilio” y “que la puerta chica la tapaba el auto”) son contestes entre sí, no hay discordancia alguna en la medida en que el auto fue corrido de la posición en la que estaba cuando lo vio F. –y seguramente así G. conforme lo que dice la defensa a fs. 85vta.- para que pudiera arribar la ambulancia (cfr. fs. 27vta.; ilustra la foto de fs. 1108 del expte. ppal., incorporada al debate según fs. 2069vta. del ppal.); 3) ubicación del P. ... (cuarta contradicción): tampoco en este punto existe contradicción, F. fue sincero y declaró que no recordaba haber visto –más allá del auto de R.- algún otro coche (cfr. fs. 28vta.); es perfectamente posible que F. no haya divisado otro automóvil y que su compañero G. sí lo haya hecho (tal como sostiene la defensa), en razón de que aquel –en ese momento- no tenía necesidad de prestar tanta atención si su impresión fue “...que estaban charlando” (fs. 28) y que “...nada le llamó la atención” (acta de debate, fs. 9), máxime porque era él quien conducía la camioneta (cfr.

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

íd.) lo que indica que tenía motivos para no agudizar su vista ni distraerse en demasía.

En relación a la quinta contradicción (según la defensa: *“El Testigo E., indic[ó] que [F]. le avisa de lo que había pasado, y cuando llega a la casa del Sr. R., F. estaba adentro”*, mientras que *“El Testigo F., dijo que ‘.[.]lo llam[ó] a E. para avisarle pero cuando fue hacia la casa de R. la policía no lo dej[ó] pasar de la esquina, y que a E. no lo vio.[.]”*; fs. 87, se omiten los destacados), no surge del acta de debate (cfr. fs. 3) ni del fallo recurrido (cfr. fs. 27/vta.) que E. haya dicho que, cuando llega a la casa del Sr. R., F. estaba adentro. Tampoco consta de tales actos procesales que F. haya manifestado textualmente que a E. no lo vio (cfr. fs. 8vta./9 y fs. 28/vta., respectivamente); solamente dijo que la policía no lo dejó pasar cuando quiso retornar a la casa de R. (cfr. fs. 28), afirmación que no contradice el relato de E. pues –repito– no está registrado que éste dijera que F. estaba adentro de la casa de R..

Frente a las quejas y/o argumentos que desarrolla en lo que titula la “sexta contradicción”, remito en parte a lo ya dicho precedentemente (en relación a la cadena de custodia y a que el testigo de actuación en definitiva reconoció el reloj incautado) y agrego que no consta que H. G. negara el secuestro de una cadena, él recordó que se secuestró un reloj y hasta lo reconoció (cfr. fs. 4), pero nada dice expresamente del otro elemento más que no recordar “...que se haya secuestrado más de lo que él vi[o]” (íd.), de suerte que no puede atribuírsele el significado que la defensa induce o pretende; hay una especie de tergiversación de los dichos de G. dado que no consta que G. haya expresado todo lo que la defensa le adjudica a fs. 87 (cfr. fs. 4 y especialmente fs. 41vta. y ss.). Además, este tipo de quejas dirigidas a demostrar supuestas irregularidades durante la etapa de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

investigación son inatendibles en este momento procesal si la defensa al inicio del debate afirmó no tener cuestiones preliminares que plantear (cfr. fs. 1vta.); sin perjuicio de lo cual, ya fueron descartas las alegaciones que tildaron de irregular al procedimiento de allanamiento y secuestro efectuado en autos (véase *supra* el detalle).

Finalmente, para las consideraciones realizadas bajo el título “séptima contradicción” (cfr. fs. 88 y ss.), vale lo afirmado precedentemente, esto es, todas las alegaciones que cuestionan actos de la instrucción (averiguaciones de la policía, detención de la acusada, etc.) no pueden ser en este momento atendidas, por un lado porque no se alegó -ni configuran- un supuesto de nulidad absoluta, por el otro porque, a raíz de esto último y a tenor de lo que surge a fs. 1/vta., estas defensas caducan por inactividad oportuna de la parte (doct. arts. 201 y ss., CPP; cfr. tamb. art. 338, inc. 2º, CPP). Si el procedimiento se desarrolló legítimamente sin menoscabar garantía alguna, poco importa cómo hicieron los policías para recabar la información obtenida, toda vez que ella fue apta para llevar la causa a juicio oral y público a través del cual se logró la certeza necesaria para emitir un pronunciamiento condenatorio. Faltaría solamente dejar en claro que no existen constancias que avalen la contradicción que marca -a fs. 88vta. *in fine* y 89- entre R. D. y A. R. (cfr. fs. 5vta. y ss. del acta de debate y fs. 31vta. y ss. del fallo); todo lo contrario, D. expresó: “Que el dicente y el oficial R. llevaron adelante la investigación” (fs. 31vta.) y, por su parte, R. dijo: “Que D. ya venía investigando con el fiscal A. hechos de similares características de gitanos que ingresaban a domicilios y robaban a sus moradores. Que a partir de la información recolectada, siguieron con la investigación” (fs. 32/vta.).

Así las cosas, demostrada que fue la inexistencia de “contradicciones

insalvables”, es lógico concluir que el *a quo* no incurrió –al no referirse a ellas- en omisiones esenciales, en los términos de los arts. 168 de la Constitución de la provincia y 371 del CPP. La alegada “...*violación al [p]rincipio de congruencia por falta de motivación al estar en presencia de una sentencia basada en una motivación ‘aparente’ y autocontradictoria...*” (fs. 91 de su recurso), responde a un desconocimiento absoluto sobre el significado, alcance y rendimiento del citado principio (remito a la doctrina que emerge de causas 54.798, 56.294, 59.481 y las citas allí expuestas).

Hechas las aclaraciones pertinentes, es momento de abordar la versión de descargo introducida por Y. y su defensa técnica.

Hay un primer problema que se presenta aquí y que versa sobre la validez y el alcance que tendrían dos instrumentos públicos que, a juicio de la defensa, desvincularían por completo a su asistida.

El Tribunal de origen, luego de examinar pormenorizadamente la totalidad de la prueba de descargo sostuvo, con apoyo en lo decidido por una de las salas de este Tribunal (cfr. TCPBA, sala II, c. 43.181, con fecha 27/03/2012, voto de Mahiques suscripto por Mancini), que “...el acta donde se plasmó la declaración testimonial que respalda la versión de Y. es un instrumento público y que como tal, goza de la presunción de legitimidad, más su eficacia probatoria, por los argumentos desarrollados, ha sido fulminada, lo cual me permite desconsiderar el documento en cuestión sin acudir al procedimiento de redargución de falsedad” (fs. 53/vta.). La defensa técnica de la acusada, por su parte, discrepa con esa inteligencia (aunque aclaran que el fallo de esta Casación no resultaría aplicable al supuesto de autos) y, con cita de las disposiciones civiles pertinentes, como así también de doctrina y jurisprudencia en su apoyo, insisten con el hecho de que el instrumento público hace plena fe ya que no fue redargüido de falso por



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

acción civil o criminal; específicamente se refieren a dos piezas concretas, esto es, “...al acta labrada por la Ayudantía Fiscal de la localidad de Lincoln, provincia de Buenos Aires, como el informe efectuado por dicho organismo con fecha 1 de septiembre de 2008, cuyas copias certificadas por la Fiscalía nro. 2 de Jun[í]n, incorporados por lectura al debate[,] [...] obran agregadas a fojas 893/997 de la presente causa” (fs. 94vta.). Antes de proseguir, no está demás comentar que aquellas fueron efectivamente ingresadas al debate, sea a través de la incorporación de las copias certificadas de fs. 893/997 del expte. ppal. (cfr. fs. 2069vta., 2071 y 2072vta. del ppal.), o bien a través de la incorporación directa de la IPP n° 04-00-060988-07 de la UFI n° 2 del departamento judicial Junín (así lo afirma el órgano de grado a fs. 49vta. del legajo; afirmación que no fue objetada por la defensa en su recurso).

Retomemos. En rigor de verdad, la doctrina que aplicó el *a quo*, fue desarrollada –hasta lo yo sé- por mi colega de Sala en el precedente *in re* “Grassi”. Allí se estudiaron las disposiciones civiles comprometidas a la luz de los fines del proceso penal y del sistema de libertad probatoria y libertad de valoración que estatuyen los arts. 209, 210 y 373 del código de procedimientos penal, a partir de lo cual se extrajo la siguiente regla: “Así, los efectos que en el proceso penal provienen de la existencia de un instrumento público tienen que ver, exclusivamente, con el valor que a dicho elemento de prueba deba asignársele como premisa ineludible dentro del juicio lógico sentencial, fundado en la cualidad esencial de verdadero que le otorga la ley civil. Sin embargo, esa presuposición probatoria siempre debe ir armonizada con la finalidad suprema del derecho procesal penal centrada en el descubrimiento de la verdad real, lo cual implica que aún los datos más celosamente conservados en sus formas para su oponibilidad frente a

terceros, deban ceder ante la prueba que, producto del juicio, certeramente acredite lo contrario” (cfr. TCPBA, ex sala II, c. 38.690 y sus acumuladas; téngase presente que esto es solamente un extracto del razonamiento); además, y en este mismo sentido, se trajo a colación la opinión de cierto sector de la doctrina civilista: “...se ha afirmado en la doctrina especializada que ‘*si la prueba es irrecusable, indubitable, el Juez no podrá cerrar los ojos a esa realidad y tener por cierto lo que está demostrado que es falso*’ (Borda, ‘Tratado de Derecho Civil. Parte Gral.[.]’ T. II, Ed. Perrot)” (cfr. causa cit., el destacado es del fallo). Ciertamente es, valga aclarar, que el propio Borda sostiene que la doctrina se inclina por considerar que aquella prueba es siempre insuficiente (cfr. BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 13^o ed. actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, Bs. As., 2008, t. II, n^o 989 *in fine*, p. 202, citando como fundamento de esa afirmación a CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, t. 3, n^o 345 y 346 y a BONNIER, *Traité des preuves*, t. 2, ps. 183-184, n^o 606 y en favor de su tesis a la C. Trab. Cap. 20/12/1967, L.L., t. 133, p. 1019, 19.638-S), pero al parecer ello no es tan así. Llambías, de alguna manera, apoya la tesis de Borda al decir: “Cabe agregar que la presunción de autenticidad corresponde a un documento de apariencia regular, pero no al que evidenciase vicios materiales tales que por su gravedad pueden hasta autorizar al tribunal a rechazar el instrumento sin acción previa de falsedad” (LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, decimoséptima ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, Perrot, Bs. As., 1997, n^o 1669, p. 391; quien además de mencionar a la obra de Borda, cita en la nota al pie de pág. n^o 80 a Aubry y Rau, t. VIII, § 755, texto nota 57, p. 212, Planiol, Ripert, Esmein, Radouant y Gabolde, t. VII, n^o 1451, p. 795); quizás, minoritariamente, pueda encontrarse también algún postura análoga



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

en lo que respecta a la jurisprudencia penal (cfr. Cam. Crim. y Correcc. Federal, sala 2ª, autos “Lazarte”, del 27/08/1998, cit. por CAFFERATA NORES, José I. y HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *La prueba en el proceso penal*, 6ª ed., Lexis Nexis, Bs. As., 2008, p. 207, nota al pie nº 26 *in fine*), aunque la doctrina procesalista especializada en nuestra materia parece reacia a inclinarse en tal sentido (MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, t. III: Parte general. Actos procesales, 1ª ed., Del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2011, § 15, D, 5, a, p. 171; CAFFERATA NORES/HAIRABEDIÁN, ob. cit., p. 207; no es del todo precisa la opinión de CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. V: La actividad procesal, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, nº 1199).

Sinceramente, es un problema difícil de resolver. Y digo esto porque, por un lado, la idea de mi colega tiene sólidos fundamentos si partimos de que el proceso penal moderno –en razón de los fines que persigue– se encuentra cada vez más alejado de rígidas solemnidades, al consagrar, por ejemplo, el sistema de libertad probatoria (art. 209, CPP) y el de la libre y razonada valoración de la prueba (art. 210 y 373, CPP); además, súmesele que una hermenéutica que traslade directa y literalmente las directivas del Código Civil al proceso penal suprimiría o, por lo menos, acotaría enormemente el espacio de aplicación de algunas de las disposiciones del CPP, tal la que faculta a la defensa a proponer prueba en sede casatoria a los efectos de poner en discusión lo establecido en el acta de debate o en la sentencia (art. 457, CPP): ¿acaso no debería redargüir de falso aquellos instrumentos públicos y obtener, en primer término, la declaración de falsedad? Pero, por otro lado, parecería ser que existiría una suerte de obstáculo fundado en el hecho de que el legislador provincial estaría desoyendo la específica normativa que sobre la materia sancionó el

Congreso Federal. Como dije, definir esta polémica no es nada sencillo; no obstante, hay en el presente un problema que precede a esa decisión. Veamos.

Como se sabe, el Código Civil no establece una definición legal del instrumento público, sino simplemente una enumeración de sus distintas clases (art. 979, CC). Sin embargo, la doctrina civilista es prácticamente conteste en afirmar que el instrumento público es todo aquel instrumento otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quien la ley confiere la facultad de autorizarlo (cfr. SALVAT, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, décima edición reactualizada por Víctor N. Romero Del Prado, TEA, Bs. As., 1955, t. II, nº 1886, p. 307; LLAMBÍAS, ob. cit., nº 1638, p. 379; entre otros); de ahí que el instrumento público deba necesariamente satisfacer ciertos requisitos de forma que son comunes a todos ellos, con prescindencia del “tipo” de instrumento de que se trate (cfr. SPOTA, Alberto G., *Tratado de Derecho Civil*, t. I: Parte General, vol. 3⁷, Depalma, Bs. As., 1958, nº 2040, p. 232). Pero, a la vez, es necesario poner énfasis en que “...cada clase de instrumento público está sometido a las formalidades que establezca la ley que especialmente lo rija; así las escrituras públicas están sometidas a las formalidades establecidas en el título siguiente del que estudiamos; las partidas del estado civil, a las establecidas en la ley del registro del estado civil y en la de matrimonio; las resoluciones judiciales, autos y sentencias, a las establecidas en los códigos de procedimientos; etc.” (SALVAT, ob. cit., nº 1933, p. 331; coincide, OSSORIO y FLORIT, Manuel, *Código Civil y Leyes Complementarias. Anotados, Comentados y Actualizados*, Librería Jurídica, Bs. As., 1972, t. II, p. 87). En síntesis, las condiciones de validez del instrumento público se refieren a que el instrumento haya sido extendido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

por un oficial público (doct. del art. 979, CC), que éste sea competente en razón de la materia (*ratione materiae*) y del territorio (*ratione loci*) en que ha sido otorgado (doct. del art. 980, CC; cfr. tamb. la regla del art. 981, íd.), que el oficial sea capaz de otorgarlo (doct. de los arts. 982, 983 y 985 del CC) y, por último, de acuerdo a lo que fija el art. 986 del Cód. Civ., resulta imperiosa la observancia de las formas legales (cfr. SALVAT, ob. cit., ps. 323 y ss.). Hállese, en la última de las disposiciones legales mencionadas, anclado el conflicto que se suscita en autos.

El art. 986 del Código Civil –inserto en el “*Título 3: De los instrumentos públicos*”- dice lo siguiente: “*Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo sanción de nulidad*”. Dijimos, párrafos atrás, que dada la variedad de instrumentos públicos, si bien existen solemnidades comunes, cada uno de ellos exige, a la vez, una forma propia que responde a sus rasgos característicos (cfr. SALVAT, ob. cit., nº 1933, p. 331; BELLUSCIO, Augusto C. [director] y ZANNONI, Eduardo A. [coordinador] *et al.*, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, Anotado y Concordado*, Astrea, Bs. As., 1982, t. 4, p. 516; BUERES, Alberto J. [dirección] y HIGHTON, Elena I. [coordinación] *et al.*, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2-C, 1ª ed., 1ª reimp., Hammurabi, Bs. As., p. 33; entre otros); de suerte que, en primer término, resulta imprescindible verificar si los instrumentos invocados por la defensa presentan las solemnidades exigidas por las leyes.

Así las cosas, centrándome en el acta que documenta la declaración de V. Y. (ver fs. 968/vta. del ppal. y fs. 74/vta. de la IPP 04-00-060988-07 de la UFI nº 2 del departamento judicial Junín), adelanto que mi respuesta es negativa; el restante documento –certificado que indica el horario

aproximado en el que se habría retirado V. Y. de la UFI nº 22 (cfr. fs. 973 del ppal. y fs. 79 de la IPP nº 04-00-060988-07 cit.)- presenta otra cuestión que se determinará con posterioridad. Así, pese a que a primera vista aquella cumpliría los requisitos comunes que exige la ley civil para este tipo de instrumentos, no sucede lo mismo con aquellos otros que fija la ley de procedimientos penal, esto es, los propios y particulares del instrumento evaluado.

Dice el art. 275 del CPP: “*Otras diligencias*. Las restantes diligencias de la investigación no guardarán otras formalidades que las exigidas por la reglamentación y por las instrucciones generales y especiales expedidas por el Ministerio Público Fiscal, salvo las que tuvieran formas expresamente previstas en este Código”. Y, el art. 240, último párrafo, del CPP, establece que para cada declaración testimonial se labrará acta (véase también el art. 101 del CPP); de ahí que, debemos acudir al estudio del Libro I, Título V, Cap. IV, de la ley ritual a los efectos de verificar si el instrumento cumple con la exigencia estipulada por el art. 986 del Cód. Civ.

Es así que, el capítulo de nuestra ley ritual titulado “Actas”, se estructura de la siguiente manera: el art 117 enuncia la “regla general”, el art. 118 fija el “contenido” y las “formalidades” que deben observarse, el art. 119 tipifica supuestos de nulidad procesal y el art. 120 habla de las condiciones requeridas para ser testigos de actuación; nos concentraremos sobre las tres primeras disposiciones mencionadas.

Según lo prescribe el art. 118 CPP, contenido necesario (“[l]as actas deberán contener...”) y formalidad requerida (el art. lleva el título “*Contenidos y formalidades*”) para cualquier tipo de acta, es la mención de las personas que intervienen en el acto que se documenta (“...el nombre y apellido de las personas que intervienen...”). Advierto que ello no fue



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

cumplimentado. En el instrumento se plasmó que, en el acto, intervinieron el Ayudante Fiscal D. J. N., la declarante V. J. (sea su apellido como figura en esa acta –“J.”- o como luce en esta causa –“Y.”-, téngase presente que se trata de la misma persona; cfr. la pericia de cotejo de huellas de fs. 1417/1421 del expte. ppal, incorporada al debate según fs. 2070 del ppal.) y K. S. quien firmó a ruego (cfr. fs. 968/vta. del ppal. y fs. 74/vta. de la IPP 04-00-060988-07 cit.); mas ninguna mención se hizo respecto de la doctora C. C. E. (para esa época, auxiliar letrada de la ayudantía fiscal de Lincoln, según lo que la misma manifestara en su declaración transcrita a fs. 48vta. del legajo, reafirmado –también en el debate- por N. a fs. 47 y según se lee del sello identificatorio de fs. 90 de la IPP cit.), siendo que ella no sólo habría intervenido en la declaración, sino que habría sido quien la tomara conforme se desprende –no tomo en cuenta la declaración de N. (oficial público) en orden a la prohibición del art. 992 del Código Civil (cfr. LLAMBÍAS, ob. cit., nº 1673, p. 392; igualmente la aplicación de la citada prohibición es siempre objeto de una valoración minuciosa, véase SALVAT, ob. cit., nº 1987, p. 357 y la jurisprudencia citada)- del testimonio del empleado de dicha dependencia A. O. (éste manifestó en el debate que: “...Que una vez fueron gitanos a declarar en una causa por tentativa de estafa. Que recordaba haber visto a tres o cuatro gitanos, cre[í]a que había un hombre. Que la dra. E. les tomó declaración...”; fs. 48, el subrayado me pertenece) y de la funcionaria letrada C. C. E. (ella afirmó en la audiencia oral que: “...Que mientras prestaba funciones como auxiliar letrada en la ayudantía fiscal de Lincoln, llevó una causa de unos cheques por estafa... Que en esa cadena alguien manifestó haber recibido un cartular de manos de R. Y... Que en una oportunidad el referido Y. habló con el dr[.] N. manifestando que iba a hacerse presente en los próximos días para

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

declarar. Que de tal forma, concurrió a declarar por esta causa a la ayudantía y fue atendido por la deponente... Que allí a la deponente le pareció prudente hacer pasar a los primos y les recibió declaración. Que creía que primero pasó un varón y le tomó declaración y luego una mujer que también ratificó lo del cheque... Que V. Y. le mostró un documento y como no sabía leer ni escribir, la dicente con una almohadilla común le hizo poner su impresión digital... Que en cuanto terminó las declaraciones se levantó y se las hizo firmar al ayudante fiscal... Que aparte de estas declaraciones no recordaba que otras cosas hizo ese día, si tomó más declaraciones o no. Que previo a tomar cada una de las referidas declaraciones, la deponente les tuvo que explicar a los primos de R. Y. el motivo por el cual iban a declarar..."; fs. 48 vta. y s., el subrayado me pertenece) sumado a que la mismísima Y. en su declaración –prestada en los términos del art. 308- de fs. 752/755 del expte. ppal. (cfr. también fs. 45vta. y s. del legajo) manifestó: “...Que preguntada que es para que diga cómo era la persona que le tomó la declaración a la dicente en su aspecto físico[,] dice que una mujer, flaca y rubia, de unos treinta años de edad, de estatura no sabe ya que estaba sentada en una silla... Que preguntada si de la declaración aparte de esta mujer rubia participó alguna persona más dice que no. Que no se acuerda si estaba o no el fiscal ese día...” (el subrayado me pertenece; esta pieza fue incorporada al juicio de acuerdo a fs. 2069 del ppal., téngase en cuenta que allí existe un error material cuando se afirma “III. Hacer lugar a la incorporación por lectura al debate de:... declaraciones en los términos del art. 308 del C.P.P. de F. D. M. de fs. 152/154 y 752/755 y de V. Y. de fs. 156/158 y 756/758...”, pues la situación es inversa –las declaraciones de fs. 152/154 y 752/755 del ppal. son de Y., las otras dos de M.; correcto en el fallo, fs. 45/vta. del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

legajo- y es fácilmente verificable al cotejar las fojas respectivas). Queda evidenciado, así, el incumplimiento de la formalidad requerida por el art. 118, primer párrafo, del CPP; esto que no parece dirimente, debe tenérselo bien presente a los efectos de lo que sigue a continuación.

En efecto, hay más. El art. 117 CPP, establece la siguiente regla general: “Cuando el funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, redactará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de este Capítulo. A tal efecto, el juez o el tribunal serán asistidos por un secretario, mientras que el agente fiscal lo será, en la medida que sea posible, por un secretario, un ayudante fiscal o un oficial de la Policía Judicial o Administrativa (...)” y, en su segundo y último párrafo, aclara: “La imposibilidad de asistencia por un funcionario o testigo deberá ser expresamente señalada, al igual que sus causas determinantes”. Lo peculiar que presenta nuestro caso es que el acto habría estado directamente a cargo del Ayudante Fiscal, éste no habría asistido al Fiscal como dice el texto del art. 117 CPP, sino que habría actuado en representación del mismo (cfr. los dos primeros párrafos del art. 25 de la ley 12.061 –vigente en ese momento- y el art. 10 de la ley 13.274 [B.O. 10/12/2004]). Luego, si intervino en la declaración de V. Y. en representación del Fiscal (art. 25, segundo párrafo, ley 12.061), promoviendo la investigación penal preparatoria en cumplimiento de sus funciones (art. 10, inc. “a”, ley 13.274), debió haber sido asistido –en la medida de lo posible- por otro funcionario, puesto que así lo prevé la normativa específica si se confronta el contenido del art. 117 del CPP con el del art. 12 de la ley 13.274 (“Cada Ayudante Fiscal contará con un Funcionario Judicial, quien también deberá residir en el Partido en que se fije la sede de aquel”; la ley 13.871 del 24/10/2008 insistió con esta idea,

véase su art. 3º); de lo contrario, hubiese sido necesario dejar la constancia mandada por el último párrafo del art. 117 CPP. Ahora bien, de acuerdo a lo explicado en el párrafo que antecede, esa posibilidad habría realmente existido puesto que la Dra. E. (art. 12, ley 13.274) habría intervenido en la declaración y, si se quiere ser más precisos, podría afirmarse –según se desprende de lo analizado *supra*- que sería ella quien la habría tomado. Pero, ¿es necesaria tanta formalidad en un proceso penal?, ¿por qué el código pretende que los jueces o los fiscales sean asistidos por un secretario, no basta –acaso- con su presencia y con su firma? La respuesta parece sencilla: “El secretario judicial, como custodio de la fe pública, tiene la tarea de suscribir los actos dictados por los magistrados y titulares de las dependencias del Ministerio Público Fiscal. Que el secretario judicial rubrique con su firma el acto judicial emanado de autoridad competente no significa que se encuentre avalando o compartiendo los términos de la decisión, sino reforzando la fe pública de los actos judiciales” (HORTEL, Eduardo Carlos, *Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires*, 11ª ed., Universidad, Bs. As., 2006, p. 176). El art. 117 CPP se encuentra en esta línea al enunciar como regla general que cuando un funcionario público deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, redactará un acta con la asistencia del secretario, exigencia que se extiende al agente fiscal, quien deberá contar –en la medida de lo posible- con la asistencia de alguno de los funcionarios que enumera el artículo, resultando imperioso –dado el caso- señalar expresamente su imposibilidad al igual que sus causas determinantes; por algo el art. 12 de la ley 13.274 establece que el Ayudante Fiscal contará con un funcionario judicial, desde que si aquel ejerce funciones y atribuciones propias del Agente Fiscal, debe ser asistido -en los supuestos en que deba dar fe de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

actos realizados por él o cumplidos en su presencia- por el funcionario a su cargo (cfr. fs. 82 y 100 de la IPP n° 04-00-060988-07 cit. y véase como el “ser” a veces se corresponde con el “deber ser”). Recuérdese todo esto también, al igual que lo dicho en el párrafo previo, pues lo que sigue es categórico y decisivo.

Puede que lo anterior no tenga relevancia en los términos del art. 986 del Código Civil, particularmente si se entiende que no cualquier inobservancia produce la invalidez del acto (cfr. el ejemplo de las escrituras públicas que detallan BELLUSCIO/ZANNONI *et al.*, ob. cit., p. 516); ello, con más razón si se recurre al texto de una de sus fuentes, toda vez que el art. 698 del *Esboço* de Freitas dice “Los instrumentos públicos son nulos por vicios externos, cuando no tuvieran las solemnidades decretadas bajo pena de nulidad, tanto las comunes de cada clase de instrumento, como las peculiares de cada uno de los actos jurídicos” (véase BUERES/HIGHTON *et al.*, ob. cit., p. 33, nota al pie n° 1), aunque para otros la fuente directa de este precepto radica en las enseñanzas de Aubry y Rau (cfr. SPOTA, ob. cit., n° 2040, p. 232). De todos modos, sin entrar a dilucidar cuestiones ajenas a nuestra materia que no resultan necesarias para resolver nuestro conflicto, en todo caso, es preciso puntualizar que existe una omisión que se encuentra sancionada con nulidad por nuestra ley ritual. Así, el art. 119 reza: “*Nulidad.* El acta será nula si falta la indicación del lugar, de la fecha o la firma del funcionario actuante o la del secretario o la información prevista en la última parte del artículo anterior...”; se ve con suma claridad que el acta que evaluamos no contiene la firma del secretario o de cualquier otro funcionario que oficie como tal, en el caso sería la firma de la doctora E.. Es preciso, para evitar confusiones, hacer algunas consideraciones en forma pormenorizada.

En primer lugar, no hay que confundir la exigencia que se desprende del art. 988 del Código Civil (“El instrumento público requiere esencialmente para su validez, que esté firmado por todos los interesados que aparezcan como parte en él. Si alguno o algunos de los cointeresados solidarios o meramente mancomunados no lo firmasen, el acto sería de ningún valor para todos los que hubiesen firmado”) con la del art. 119 del CPP; la primera es un requisito de forma generalizada que conviene a muchos de los instrumentos públicos y la segunda es propia del instrumento que evaluamos.

A mi juicio, el art. 119 no permite vacilar acerca de que la firma del secretario es obligada. Una mirada apresurada de la disposición podría generar el falso entendimiento acerca de que con sólo una de las firmas requeridas, ora la del funcionario actuante, ora la del secretario, el acto sería plenamente válido; probablemente ese error se generaría al leer aisladamente parte del texto de la disposición, específicamente cuando dice: “...la firma del funcionario actuante o la del secretario...”. Esto, sin embargo, no es así. La conjunción disyuntiva debe entenderse dentro de todo el contexto del artículo, es decir que tanto la indicación del lugar, la fecha, la firma del funcionario actuante, la del secretario, como la información que prevé el último párrafo del art. 118, deben obligadamente consignarse en el acta so pena de nulidad; en otras palabras, si a esa conjunción (“o”) se la interpreta como alternativa entre dos requisitos equivalentes y no como separación entre ideas diferentes y, por esa razón, todas estrictamente necesarias para la validez del acta, se estaría aplicando una hermenéutica tan errada que la sola indicación del lugar y de la fecha, por ejemplo, implicaría la innecesidad de la firma del funcionario actuante (“...será nula si falta la indicación del lugar, de la fecha o la firma del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

funcionario actuante...”), o la sola firma del funcionario bastaría para omitir la información que prevé el último párrafo del art. 118, etc. Ergo, tanto la firma del funcionario actuante como la del secretario son exigidas por la ley, bajo sanción de nulidad (art. 119, CPP); salvo que se configure la hipótesis del último párrafo del art. 117 del CPP, pero ello no fue lo que pasó en nuestro caso y, aun así, no se dejó la constancia mandada.

En segundo término, vale otra aclaración de vital importancia. Se podría pensar, y al mismo tiempo objetársele a lo que venimos afirmando, que el doctor N. cumplió las dos funciones, fue por un lado el funcionario actuante (art. 10 de la ley 13.274 y art. 25 de la ley 12.061) y fue, por el otro, quien ofició de secretario al dar fe de los actos por él realizados (art. 117, CPP). Nace la siguiente interrogante: ¿es posible que el mismo Ayudante Fiscal que tiene a su cargo la realización del acto -en orden a las facultades que le confiere la ley 13.274- pueda dar fe del mismo, cuando precisamente siquiera habría sido él quien tomara la declaración o, si se quiere, no habría sido quien conoció *propriis sensibus, de visu aut de auditus*? Es lógico que no, la razón radica en que el texto del art. 119 exige –en principio- dos firmas: la del funcionario actuante y la del secretario bajo sanción de nulidad y solamente deja al arbitrio del juzgador la declaración de nulidad respecto de la falta de la firma del testigo de actuación tras analizar el motivo y la verosimilitud del impedimento; la rúbrica del secretario o de quien actúe a tales efectos, es tan importante como la del funcionario actuante que tiene a su cargo el acto, desde que “...el secretario judicial en cierta manera se desempeña como un escribano público por cuanto, a pesar de no ser titular de un Registro notarial, atestigua y da fe en la formación de los instrumentos públicos legalmente exigida para la validez de los actos en ellos contenidos o cumplidos en su presencia” (CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., t.

III: Colaboradores del proceso, ps. 99/100), asiste al juez o al tribunal como al funcionario del ministerio fiscal (cfr. CLARÍA OLMEDO, ob. cit., t. III, p. 103), tiene función certificante –dice al respecto CLARÍA OLMEDO, íd., p. 104: “Pareciera que su omisión no debe influir en la validez y efectos de la resolución judicial, si se tiene en cuenta que la firma de quien la dicta es más que suficiente para dar autenticidad al acto escrito; pero la ley quiere asegurar la asistencia del secretario en este tipo de actos procesales como garantía de seriedad en la documentación”- y, por sobre todo, cumple con la función autenticadora que “...se manifiesta en la condición de fedatario para la confección de los instrumentos públicos que integran el proceso. En muchos casos ella es exigida bajo sanción de nulidad por tratarse de una forma solemne de los actos procesales penales. En el proceso penal se advierte esta actividad del secretario, principalmente en su condición de actuario, cuando el trámite se practica por la llamada forma actuada del procedimiento verbal, o en el acta de debate del procedimiento oral. Es aquí donde la investidura pública del secretario actuante proporciona o provee de la calidad genérica de ‘fe pública’ a los documentos del proceso o a las copias que de ellos se extraigan, todo conforme lo acuerda la ley...” (CLARÍA OLMEDO, íd., p. 107).

En este sentido, y para que no queden dudas sobre la necesidad de que tanto funcionario actuante como secretario deben firmar el acta, Clariá con su sencillez expositiva lo explica diciendo: “El contenido genérico [se refiere al contenido de las actas] se determina por los códigos a manera de instrucciones para el actuario, pero algunas de ellas atañen a la validez del documento. Son esencialmente las circunstancias referidas a la fecha, al lugar, al objeto de la medida, a los intervinientes, a la lectura, correcciones y firma. Con respecto a esta última, la del funcionario que cumple el acto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

(juez, agente fiscal o funcionario policial) y la del secretario y testigos de actuación, se prescriben bajo sanción de nulidad” (CLARIÁ OLMEDO, ob. cit., t. IV: La actividad procesal, ps. 43/44); sabias y acertadas palabras que se mantienen en el tiempo, por lo menos en lo que respecta a la indicación del lugar, de la fecha, a la firma del funcionario actuante y a la firma del secretario (art. 119, CPP).

Cuando un sujeto depone en la instrucción, es el Fiscal –o el funcionario autorizado al efecto, por vía de las leyes 12.061 y 13.274- quien cumple y tiene a su cargo el acto (art. 267, CPP); aquel –o quien actúe en su representación- constituye la autoridad que, por ejemplo, permite a los defensores hacer uso de la palabra (art. 279, CPP). Pero, cuando se trata de instrumentalizar ese acto (la declaración oral) a través de un acta, en donde el funcionario deba dar fe de los hechos practicados por él o acontecidos en su presencia, la ley exige un requisito adicional, ya no se contenta con la sola firma del funcionario actuante, sino que requiere que sea asistido por un secretario -o funcionario que oficie de tal- y que el acta sea suscripta tanto por aquél como por éste. De modo que, si el acta únicamente contiene la firma del Ayudante Fiscal D. J. N., mas no la del funcionario que haya oficiado de actuario, incumple con uno de los requisitos cuya observancia es exigida por la ley ritual bajo sanción de nulidad (art. 119 del CPP); puede que N. suscribiera el acta cumpliendo funciones de fedatario pero, en todo caso, faltaría la otra firma, esto es, la del funcionario actuante, de ahí que ambas hipótesis desembocan en el mismo resultado (art. 119, CPP).

En definitiva, la omisión señalada resulta determinante no sólo porque -en términos abstractos- se incumplió con una manda legal prescripta bajo sanción de nulidad, sino porque además el caso concreto

reclamaba imperiosamente el cumplimiento de aquella formalidad, desde que la doctora E. habría sido la única funcionaria que habría estado presente en todo el trámite del acto, como así también habría sido quien redactara el acta otrora mencionada (véase el análisis efectuado *supra*); de manera que, ella debió haberla suscripto conjuntamente con el doctor N., justamente porque las circunstancias señaladas requerían que su firma reforzara la fe –respecto de lo que aquella “hizo”, “vio” y “oyó”- del instrumento celebrado.

Siguiendo con el razonamiento, y como es sabido en nuestra materia, el incumplimiento de una determinada formalidad no acarrea, por sí solo, la nulidad en los términos del derecho procesal penal, pues siempre es necesario verificar la existencia de un perjuicio (arts. 201 y ss., CPP); aún el acto más arbitrario puede convalidarse si no acarrea un gravamen concreto para la parte interesada. El ejemplo de Maier es ilustrativo: ningún juez podría de oficio declarar la nulidad de una absolución que fue decidida a raíz de la falta de confesión del imputado tras su tortura, ya que la ilegitimidad del procedimiento no le acarrea perjuicio alguno al acusado absuelto (ello más allá de las consecuencias jurídicas aplicables a los torturadores, claro está).

Sin embargo, aquella inobservancia se traduce en un incumplimiento de lo normado por el art. 986 del Código Civil y aquí la cuestión cambia porque otros son los fundamentos y otras las ideas que dan vida a su texto; es evidente que si la ley civil le otorga a los instrumentos públicos una determinada fuerza probatoria, se está refiriendo a los instrumentos que se hallan en condiciones regulares (cfr. SALVAT, ob. cit., nº 1964, p. 343), y es por el carácter de la presunción legal, que el Derecho exige el cumplimiento de estrictas solemnidades. En este contexto, se ha sostenido que “El



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

incumplimiento de los requisitos de validez de los instrumentos públicos da lugar a la nulidad o a la anulación del instrumento, según el modo de actuación de la causa de invalidez” (LLAMBÍAS, ob. cit., nº 1652, p. 386) y, específicamente, que son nulos los instrumentos cuando no se han llenado las formas legales exigidas (art. 986, CC; cfr. LLAMBÍAS, ob. cit., nº 1653, p. 386); la consecuencia, huelga recordar, es que el instrumento público nulo está destituido de su eficacia por la ley (cfr. LLAMBÍAS, ob. cit., nº 1655, íd., con mención del art. 4012 CC y su nota). La nulidad es absoluta (art. 1044, CC; cfr. LLAMBÍAS, ob. cit., nº 1999, ps. 548/549) y por ello tiene el alcance del art. 1047 del Cód. Civ.

Aún así, en ciertos casos, el instrumento público nulo puede ser asimilado al instrumento privado y valer como tal (art. 987), pero aquí la fuerza probatoria no opera de la misma manera sino que tiene una reglamentación específica (arts. 1012, 1026, 1031 y especialmente 1034, 1035 y concordantes del Cód. Civ.). Más allá de ello, corresponde centrar la cuestión en los siguientes términos: “Puede ocurrir que el instrumento público nulo como tal, hubiese sido otorgado por personas que no supiesen firmar. El instrumento no podría en tal caso valer ni siquiera como instrumento privado, porque la firma de las partes es una condición esencial, según resulta del texto del artículo 987; la declaración del oficial público de que las partes no supiesen firmar y la firma a ruego por un tercero, suficientes en el caso de un instrumento público válido, no podrían bastar en el caso del artículo 987, porque el instrumento que este artículo considera ha perdido ya el carácter de auténtico” (SALVAT, ob. cit. nº 2005, p. 366, con cita de DEMOLOMBE, t. XXIX, núm. 264; LAURENT, t. XIX, núm. 120; BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, t. III, núm. 2103; véase también SALVAT, íd., nº 2161, ps. 448/449); criterio que fue seguido por la

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Suprema Corte de esta Provincia (cfr. SCBA, Ac. 36.698, Ac. 46.687 y las citas allí expuestas). De todas maneras y aun tomando la posición que parece minoritaria, si bien el documento podría llegar a valer como simple medio de prueba, la fuerza ya no es la misma ya que estaría supeditada a otros pormenores (cfr., como representante de esta posición, LLAMBÍAS, ob. cit., nº 1587, especialmente el último párrafo, p. 353, y nº 1588, último párrafo, p. 355). Ergo, y aunque el suscripto comparta la tesis de Salvat (la letra de los arts. 987 y 1012 del Cód. Civ. no permite vacilar; véase también DONNA, *Derecho Penal. Parte Especial...* cit., t. IV, 2ª ed., 1ª reimp., 2010, p. 161), por uno u otro camino, a mi juicio aquí no hay titubeos ni indecisión en el sentido de que, en nuestro proceso, el documento –tal como se presenta- se somete a las reglas de las libres y razonadas convicciones (art. 210 y 373 del CPP).

En síntesis, en orden a la deficiencia marcada (arts. 986 del CC; 117, 118 y especialmente el 119 del CPP), el acta de fs. 74/vta. obrante en la IPP nº 04-00-060988-07 cit. (ídem fs. 968/vta. del ppal.), no ostenta el carácter de instrumento público que le asigna la defensa y, por esa razón y por las indicadas en el párrafo que antecede, se encuentra *in totum* sometida al juicio de la sana crítica racional; de manera que no resulta de aplicación lo normado por los arts. 993 y 994 del Código Civil.

Por último, he de afirmar que el instrumento de fs. 79 de la IPP nº 04-00-060988-07 cit. (ídem fs. 973 del ppal.) no tiene una incidencia trascendental en el presente proceso, por lo menos en los términos que pretende la defensa. Éste hace plena fe únicamente respecto de la circunstancia de que con fecha 1 de septiembre de 2008, el Ayudante Fiscal, D. J. N., extendió un certificado en el que dejó constancia –tomando en cuenta lo que surgía de fs. 72, 73 y 74- que cuatro personas –las cuales



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

podían ser identificados como zíngaros, por las vestimentas de las mujeres y su modo de hablar- se hicieron presentes en la dependencia de esa Ayudantía Fiscal, como así también del hecho de que el citado informara el horario en que aproximadamente se habría retirado V. J. (14.35 hs.), deduciéndolo a partir las características de la diligencia cumplimentada y de la demora que surgía entre cada testimonio de quienes la acompañaban (arts. 993 y 994, CC). De base, se advierte que el funcionario solamente consignó la hora aproximada en que la mujer se habría retirado, mas no el día al que se refiere; ya esto demuestra que no es determinante. De todos modos, lo importante es que el acta que contiene la declaración de “J.” (fs. 74/vta. de la IPP nº 04-00-060988-07 cit.; ídem fs. 968/vta. del ppal.) no tiene validez como instrumento público, de suerte que el instrumento que luce a fs. 79 de la IPP cit. no hace plena fe de la realización o existencia de aquella declaración.

Demás está decir que cuando se alega “violación al principio de no contradicción” (cfr. fs. 73, punto 4º) y “violación al principio de máxima taxatividad legal” (cfr. fs. 73/vta., punto 5º), los recurrentes únicamente demuestran el desconocimiento manifiesto de los principios que invocan.

Por lo enteramente razonado y al no existir obstáculo alguno de carácter formal que impida la libre valoración de la prueba de descargo (art. 210 y 373, CPP), podemos ahora retomar el análisis del fondo del asunto y en este sentido adelanto que la versión de Y. no puede imponerse.

El análisis que hizo el Tribunal de mérito es acabado, preciso, pormenorizado y ajustado a las reglas que rigen la valoración probatoria en el proceso penal. Resulta tan exacto y correcto el razonamiento del *a quo*, que no puedo más que parafrasear sus consideraciones.

No hay ninguna duda en punto a que ese día y a esa hora la

imputada Y. no se encontraba declarando en la Ayudantía Fiscal de Lincoln como lo alegó (cfr. fs. 49vta.). Llamativamente –dijo el *a quo* con cierta ironía- la versión ensayada por la imputada fue introducida un mes y medio después de su detención (cfr. fs. 45/vta.). La defensa afirma, en contra de lo expuesto, que ello sucedió a menos de un mes y porque tuvo que tramitar un pedido de copias en extraña jurisdicción. El cálculo del órgano de grado es acertado y puede que hasta haya transcurrido un lapso de tiempo más prolongado, pues la detención se efectivizó el 02/06/2008 (véase el acta de procedimiento de fs. 102/103 y el acta de detención de fs. 104/vta.; piezas incorporadas al debate según fs. 2070 del ppal.) y recién el 04/09/2008 la defensa se presentó alegando el supuesto episodio de la ayudantía de Lincoln (cfr. fs. 508/516vta., ppal.). Más allá de todo esto, lo peculiar es que en su primera declaración –en los términos del art. 308 del ritual- la acusada, habiendo optado por usar el derecho que le asiste, nada refirió sobre ese tema (cfr. fs. 152/154vta. del ppal.; incorporada según fs. 2068, id.); no es ilógico creer –apoyándonos en los datos que arroja la experiencia- que lo primero que tiende a realizar cualquier sujeto inocente, que fue erróneamente sindicado y detenido, es a demostrar su inocencia explicando que en ese momento él estaba en otro sitio y que lo han confundido, pero parece que Y. rápidamente olvidó que supuestamente había estado ese día en otra localidad.

Volviendo, varias son las razones que desvirtúan la coartada.

En primer lugar, no había razón o motivo alguno (racional y creíble) por el cual la encartada compareciera a declarar a la Ayudantía de Lincoln, sencillamente porque la misma jamás participó de negociación alguna relativa a la compraventa de automóviles (cfr. fs. 49vta.). En efecto, en su primera declaración la acusada refirió que no estaba vinculada ni tenía



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

participación alguna en la compraventa de automotores; claro que, aquella afirmación, luego fue desvirtuada por la misma con el único objetivo de justificar su coartada (cfr. íd.). Además, depuso en el debate el testigo H. F. J. M. (véase su declaración a fs. 50/vta., donde surge que el citado manifestó: "...Que a V. Y. tampoco la conocía..."), de la cual se desprende que, más allá del modo en que los cheques llegaron a manos de R. Y., V. Y. jamás participó ni en esta supuesta operación ni en ninguna otra (cfr. fs. 50vta.). Como aval de lo afirmado, se valoraron "...los dichos de A. R. A., quien manifestó que conocía a R. Y. de Lincoln, provincia de Buenos Aires. Que tuvo relación comercial con el mismo por comprarle y venderle autos. Que a veces le hizo de comisionista para que comprara algún automóvil. Que en estas operaciones a veces estaban e intervenían el padre, apodado el b., la madre, R. P., o el hermano, Y.. Que a V. Y. no la conocía y nunca había estado en estas operaciones comerciales. Que no conocía a ningún D. G." (fs. 50vta.); "[a]simismo, el propio testigo G. reconoció que las mujeres no participaban en las negociaciones, que sólo escuchaban y que V. solo participaba de las ganancias" (íd.). Aparece, en consecuencia, francamente ilógico –y puede que hasta ridículo como dijo el *a quo*- "...que se trasladaran con V. unos trescientos kilómetros a efectuar una negociación de la que [é]sta no participó, en la que aguardó sentada afuera en el auto, y que luego recibiera su parte en efectivo una vez que arribaron de vuelta a Buenos Aires. Mi sencilla pregunta es: ¿para qu[é] fue entonces?[] La respuesta es que no fue" (íd.).

En segundo lugar, resulta también inverosímil la espontánea movilización de más de trescientos kilómetros que R. Y., D. G. y la aquí imputada decidieron hacer con el único objetivo de aclarar la situación en la Ayudantía de Lincoln (cfr. fs. 50vta. y s.). Tal es así, que "...de la compulsa

de dicha I.P.P. se desprende que la última constancia de intento de notificación de R. Y. data de diciembre de 2007 (confr. fs. 38/39) y nunca concurrió. No obstante ello, casi seis meses después –casualmente el mismo día en que se estaba llevando a cabo un robo en el que luego V. Y. sería reconocida y aprehendida con los elementos sustraídos en su domicilio-, R. Y., D. G. y V. Y. –que ningún motivo tenía para declarar puesto que no había participado en la transacción- decidieron trasladarse para aclarar qué era lo que había sucedido con un cheque de M.” (fs. 51); ello, sin perjuicio de que, previo a concurrir, anticipó su voluntad de presentarse vía telefónica, en un sospechoso esmero por colaborar con una investigación en la que en dos oportunidades había sido convocado a declarar sin éxito (cfr. íd. anterior).

En tercer lugar, se tuvo en cuenta “...que dichas declaraciones, al igual que la constancia del llamado que R. Y. habría efectuado a la ayudantía fiscal, fueron efectuadas llamativamente por fuera del sistema S.I.M.P., conforme surge [de] fs. 71/74. Se advierte de dicha causa que los oficios y proveídos [efectuados] en las tres fojas anteriores a las mismas (fs. 68/70), al igual que en las dos fojas posteriores (fs. 75/76), fueron efectuadas en dicho sistema informático, pero, reitero, no las cuatro fojas claves” (fs. 51). Y si bien la doctora E. “...pretendió justificar aquel proceder afirmando de manera insistente y categórica que el sistema S.I.M.P. el día de las declaraciones no funcionaba, lo cierto es que dicho sistema sí funcionó ese día, pues así lo informó la Fiscalía General del departamento judicial Junín (fs. 766) y además, porque tanto el dr. N. como O. lo utilizaron [en] dicha fecha, conforme se desprende de las actuaciones glosadas a fs. 773/791” (fs. 51/vta.). Detengámonos un segundo en este punto. Quiero recalcar la importancia que revisten las piezas obrantes a fs. 766/791 del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

ppal. (incorporadas por lectura al debate, cfr. fs. 2069 del ppal.). Efectivamente a fs. 766 del ppal. se encuentra un oficio firmado por la Dra. I. N. C. quien -por disposición del Fiscal General Departamental- informó "...que el día 5-06-08 el SIMP se encontraba en funcionamiento en la sede de la Ayudantía Fiscal con asiento en la ciudad de Lincoln –Departamento Judicial Junín-, la cual se encuentra a cargo del Dr. D. J. N.. El mencionado día –y de acuerdo a los datos arrojados por el sistema informático- no consta que se le haya recibido declaración testimonial a V. Y."; por lo demás, se adjuntó un informe minucioso y detallado en donde surge que, el día 05/06/2008, el sistema SIMP fue utilizado en varias y numerosas oportunidades, tanto por N. (cfr. el detalle a fs. 773/775 del ppal.), como por O. (cfr. el detalle a fs. 776/789 del ppal.).

Reafirma lo antedicho, el hecho de que "...si bien la constancia del llamado recibido en la ayudantía en el que Y. decía que se iba a presentar tampoco fue realizado en el sistema informático correspondiente, una copia de oficio, datada el mismo día (30/05/2008) que el supuesto llamado (confr. fs. 70), sí fue labrada en dicho sistema" (fs. 51vta.).

Con ello, no quedan dudas de que, tanto el día de las declaraciones, como el de la constancia de la llamada, el sistema SIMP funcionaba correctamente y que, por tanto, no fue por falla del sistema que tales piezas procesales no fueron efectuadas en el mismo (cfr. fs. 51vta.).

Y, por si fuera poco, también se valoraron "...los informes periciales de informática que se llevaron a cabo en el expediente. En este sentido pondero los dichos del testigo D. H. K. M., instructor informático de la Procuración General quien en el debate expresó que la fiscalía les pidió constatar si en la ayudantía de Lincoln podían encontrar algún archivo donde se mencionara a V. J.. Que así fue que se constituyeron en la

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

dependencia e identificaron la máquina de E. y ésta les explicó que podían no encontrarlo porque ese día el S.I.M.P. no funcionó. Que fue llamativo cómo la nombrada repetía que el sistema no andaba ese día; tanto así que se decidió dejar constancia expresa en el acta que documentó la diligencia llevada a cabo. Que igual revisaron todas las computadoras de la ayudantía y no encontraron nada. Que buscaron documentos borrados que se recuperan y utilizaron un motor de búsqueda y [si] arroja resultado positivo lo marca” (fs. 51vta. y s.); conteste con lo anterior y “[e]n similares términos se expidió A. A. R., instructor informático de la Procuración General. Exhibida que le fue la fs. 1457 refirió que se constituyeron en la ayudantía fiscal y no pudieron encontrar nada en las máquinas relativo a V. Y.. Que no recordaba qui[é]nes estaban, pero sí que la dra. E. en forma insistente manifestaba que ese día el S.I.M.P. no funcionaba. Agregó que no encontraron ningún documento que tuviera la palabra Y.” (fs. 52).

Dato no menor resultó el hecho de “...que la imputada, al declarar en Lincoln estampó su huella digital porque –según lo explicó E. en el debate alegó que no sabía leer ni escribir, lo cual resulta llamativo e injustificado teniendo en cuenta que en la primer declaración que prestó a tenor de lo normado por el artículo 308 del ritual en la presente causa –cuando aún la coartada en cuestión no había sido perge[ñ]ada- la aquí imputada firmó la misma (confr. fs. 152/154), poniendo en evidencia que sí podía firmar; y que no obstante ello luego, ya en su segunda declaración (confr. fs. 752/755) manifestó que no sabía hacerlo y estampó su d[í]gito pulgar. Esto último obedeció, ninguna duda albergo, a justificar su impresión digital en las actuaciones de Lincoln que, creía, al ser cotejada con sus huellas, iban a ser su salvoconducto a la impunidad” (fs. 52).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

El broche final fueron las esenciales contradicciones en las que incurrieron los testigos de descargo y la imputada de autos: a) "...la dra. E. refirió que las declaraciones se extendieron más de la cuenta porque debió explicarles tanto a V. Y. como a D. G. el motivo por el que debían declarar y que estaban temerosos de hacerlo. Por el contrario, este último refirió al prestar declaración que cuando R. les contó que lo buscaban por lo del cheque, ahí decidieron viajar a Lincoln para aclarar la situación. En definitiva me pregunto, no había sido ese el motivo que los impulsó a viajar más de sei[s]cientos kilómetros ida y vuelta. Qué fue lo que tanto tiempo debió explicarles la dra. E. si ellos ya sabían el motivo y por ello habían emprendido el viaje" (fs. 52vta.); b) acerca del "...llamado telefónico de R. Y. anoticiando a la Ayudantía Fiscal de Lincoln, que se iba a presentar a prestar declaración, refirió la dra. E. que el mismo fue recibido por el dr. N.. No obstante ello[,] [e]ste último negó tal circunstancia, refiriendo incluso que generalmente no atendía el teléfono. Asimismo expresó que la dra. E. le dijo que había encontrado a un gitano de los que estaban buscando, que había ido a declarar y que había otras personas a las que también les iba a tomar declaración porque creían que estaban involucradas. Que ese día pasó un hombre y después creía que también tres mujeres. Que no sabía cómo aparecieron en la fiscalía, que la dra. E. dijo que los habían ubicado, pero el dicente no sabía cómo. Que incluso recordaba que era como un logro haberlos ubicado" (íd.); c) por último, "...la imputada Y. manifestó que la Ayudantía de Lincoln en la que prestó declaración quedaba sobre una avenida –un poco más chica que Juan B. Justo- y que tenía un solo despacho, manifestaciones que se contraponen con las vertidas por quienes allí trabajaban, en tanto manifestaron que la misma quedaba sobre una calle de una sola mano y que tenía un despacho y luego otro más chico –en el

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

que trabajaba N.- el que podía verse a través de un vidrio. Ello no hace más que confirmar que la nombrada al momento de plantear su coartada, no tenía idea de cómo era el lugar al que –según ella- fue a declarar como testigo y con ello, que el día que se cometió el hecho delictivo motivo de la presente causa, la nombrada no fue a declarar a Lincoln en la hora indicada, tal cual declaró” (fs. 53).

No quiero finalizar sin antes decir que las consideraciones que lucen en los dos últimos párrafos de fs. 53vta. no tienen absolutamente nada que ver con que la imputada sea gitana; tampoco incidieron en el proceso de mensuración de la pena. Simplemente ellas demuestran que el comportamiento desplegado por la acusada en el presente proceso no se condice con aquella persona que, en aras de colaborar con la justicia, habría concurrido espontáneamente a deponer a la Ayudantía de Lincoln, justamente cuando nadie la había convocado ni nada tenía que ver con el conflicto allí investigado. Demás está decir que el episodio de Lincoln fue una artimaña en pos de buscar su impunidad, ella –como bien dijera el *a quo*- no estuvo presente en esa dependencia, pues en ese horario y a unos 300 km. la acusada participó de un ilícito que arrojó como resultado la muerte de una persona. El plexo de cargo es contundente y eficaz, lo que permite verificar que la imputación tiene respaldo fáctico y que no responde a ninguna necesidad de encontrar a un culpable como inventa la defensa.

En consecuencia, reafirmo que la participación de V. Y. en el hecho que aquí se le imputa está sobradamente demostrada.

3) La calificación legal asignada resulta ajustada a derecho (cfr. cuestión primera del veredicto, fs. 56/vta.). V. Y. debe responder como coautora penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, en los términos del art. 45 y 165 del Código Penal.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Tengo dicho que en la coautoría el macroconcepto del dominio del hecho se manifiesta a través de un “dominio funcional”, pues en estos casos cada individuo domina el acontecer global conjuntamente con los demás, es decir, que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global (cfr. para más detalles mi voto en causa 54.738, reg. 27, del 18/12/2012 y la cita allí expuesta). Dije, también en aquella oportunidad, que “...para que haya coautoría es necesario que exista una división de roles, materializada a través de un acuerdo que puede ser expreso como tácito (o mediante un actuar concluyente), en donde cada interviniente tenga a su cargo la ejecución de una función decisiva para la realización del hecho proyectado (...)”; de ahí que “...la coautoría presenta dos exigencias, una de carácter subjetivo, la otra de carácter objetivo. Por la primera, los sujetos se vinculan a través de una resolución conjunta, un acuerdo de voluntades donde aquellos pactan libremente la realización del hecho y en donde cada uno asume una función esencial e independiente; de modo que, al decir de Jescheck/Weigend (...), dicha resolución delictiva es la abrazadera que conecta las piezas individuales del todo. Pero con ello sólo no basta, en la medida en que –por lo general- dicho acuerdo también existe entre autor y cómplice, sino que, para calificar a un interviniente como coautor, su aportación al hecho debe representar un requisito de carácter indispensable para la realización del resultado pretendido; de tal manera que sin su contribución la empresa criminal fracasa, pues únicamente si coopera ‘funciona’ el plan” (por todo, mi voto en causa 54.738 cit.).

Respecto del atraco, no hay dudas de que fue parte del acuerdo criminal que celebrara la acusada con sus consortes de causa. Ella asumió una función esencial y determinante para el éxito de la empresa criminal,

pues realizó parte de la acción típica al aplicar maniobras violentas sobre una de las víctimas (R.) con el objeto de neutralizarla, mientras su otro compañero hacía lo mismo con el señor R., un tercero fuera en búsqueda de objetos valiosos y un cuarto permaneciera fuera de la vivienda.

El homicidio que resultó con motivo u ocasión de ese robo, cabe también imputárselo. Bien se afirma que “Los coautores directos también son responsables del delito complejo, aunque uno solo mate, en cuanto acepten el hecho” (DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-B, 2ª ed. actualizada, 1ª reimp., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 200); se trata, en estos casos, de verificar si existió la convergencia intencional respecto de ambos delitos por parte del partícipe (cfr. DONNA, *id.*; CREUS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge Eduardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, 7ª ed. actualizada y ampliada, 1ª reimp., Astrea, Bs. As., 2010, § 1030, p. 462). Resulta notoriamente evidenciado y debe imputársele a V. Y. que aceptó la muerte que su compañero le causó a R. R., ya porque R. declaró: “...Que en determinado momento vi[o] que otro sujeto de sexo masculino estaba forzando a su marido, que lo tenía agarrado de atrás, con una mano en el cuello, y la dicente le pidió que por favor no le pegara ya que sufría del corazón. Que la chica le dijo que no importaba y le pegó...” (fs. 26vta.). En este tramo del *iter criminis*, Y. también asumió y desempeñó una función determinante si, mientras su compinche estrangulaba a R., ella neutralizaba a R. y, al mismo tiempo, aseguraba que la señora mayor estuviera impedida de exteriorizar alguna voz de auxilio o socorro que pudiera trancar el ilícito.

Todo lo cual, nos lleva a sostener que Y. tuvo el dominio del hecho a través del dominio de su función. Ella no recibía ninguna orden, pues es evidente que cuando su compañero “bajó raudamente” y le dijo que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

“largara” a la señora (cfr. declaración de R., fs. 26vta.), fue porque había logrado apoderarse de los objetos, de manera que el objetivo ya estaba cumplido y era tiempo de marcharse.

4) En materia de mensuración, oportunamente se sostuvo lo siguiente: “Antiguamente, se entendía que la decisión acerca de la medida de la pena era una facultad sujeta al dominio exclusivo de los jueces de mérito, exenta de cualquier tipo de control; hoy en día, sin embargo, esta concepción se ha modificado, admitiéndose su supervisión por vía del Tribunal revisor. Esta idea se debe a un cambio de paradigma, la individualización de la pena no es ya concebida como el producto de la discrecionalidad del juzgador, sino que aquella constituye, nada más ni nada menos, que aplicación del Derecho; precisamente, un repaso por nuestra legislación, nos conduce a verificar que los artículos 40 y 41 del C.P. se encargan de fijar pautas generales, con el objeto de limitar el arbitrio del juzgador.

”Por ello, es que la individualización de la pena constituye un acto de ponderación que debe estar acompañado de su debida fundamentación, efectuado sobre la base de determinadas circunstancias debidamente acreditadas y valoradas. De manera que, ni se pueden convalidar decisiones caprichosas basadas en la voluntad subjetiva de los jueces, como tampoco se pueden avalar resoluciones apoyadas en una apreciación absurda de las pruebas habidas en la causa. Es una manda constitucional (art. 171, Const. de la pcia. de Bs. As.), recogida por la ley ritual (art. 106, CPP) y derivada de la forma republicana de gobierno (art. 1, Const. Nac.), el que todos los pronunciamientos jurisdiccionales deben estar adecuadamente fundamentados, sustentados en el texto expreso de la ley con apego a las circunstancias comprobadas en la causa; esto, por

supuesto, rige también en este ámbito.

”Ahora bien, sin perjuicio de lo antedicho, ciertamente aquella actividad no puede ser sometida a un control absoluto, dado las propias particularidades que el proceso de mensuración de la pena presenta (...).

”Si hay algo que no se halla prácticamente controvertido en esta materia, es que el ilícito culpable constituye la base ineludible del proceso de individualización de la pena, lo que aparece respetuoso del principio constitucional del hecho. Así, siendo el ilícito y la culpabilidad conceptos graduables, el primer problema aparece en la justa transmutación del injusto y la culpabilidad en magnitudes penales, lo que lleva a afirmar que este tipo de decisiones tiene –en cierta manera- un componente individual que no es totalmente accesible a un control racional, aunque sí limitado normativamente por el marco punitivo establecido por el legislador.

”Además, surge otro inconveniente a partir de cómo juegan los fines preventivos de la pena frente al proceso concreto de individualización. Esto se ve claramente con las teorías desarrolladas en el extranjero (así, *die Spielraumtheorie*, *die Punkstrafetheorie*, *die Stellenwertheorie*) bajo el pretendido objetivo de coordinar la idea de compensación y los fines preventivos de la pena; véase lo que sucede justamente con la primera de ellas (teoría del ámbito de juego), prácticamente dominante en Alemania, a través de la cual se afirma que es posible establecer un ‘marco de culpabilidad’ cuyos límites están constituidos por un mínimo ‘ya’ adecuado y un máximo ‘todavía’ adecuado a ella y que, a partir de allí, dentro del marco establecido hay un ‘ámbito de juego’ donde la pena debe ser fijada teniendo en cuenta los fines preventivos. Lo cierto es que, más allá de todo ello, la cuantía de la pena no puede superar el límite fijado por la justa retribución



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

del injusto y de la culpabilidad, pues el principio de culpabilidad cumple también una función limitadora de aquella.

”Todo esto demuestra que existe verdaderamente un ámbito donde no es posible ingresar. De manera que, en principio, el control casatorio se circunscribe básicamente a examinar si la cuantía del monto seleccionado resulta sumamente desproporcionado de acuerdo a la gravedad del injusto, o si excede la medida de la culpabilidad por el acto, como así también, esta vía deviene idónea para corregir errores en la valoración de cualquier circunstancia que permitiera incidir en el juicio de mensuración; todo lo cual exige una motivación adecuada que permita el control pertinente” (por todo, c. 54.864).

A partir de lo apuntado, este tramo de la queja tampoco habrá de prosperar.

Las atenuantes que mencionan los recurrentes a fs. 120/vta. no fueron oportunamente invocadas (cfr. acta de debate, fs. 15 y ss. y fs. 22); para ser precisos, la única circunstancia mencionada por la defensa – también por la Agente Fiscal (cfr. fs. 14vta.)- fue “la carencia de antecedentes penales” (véase al inicio de fs. 17vta.) que sí ha sido valorada (cfr. cuestión cuarta del veredicto, fs. 54vta.). En este sentido, oportunamente sostuve siguiendo a mi colega de Sala que “...si los jueces de mérito son quienes determinan el monto de pena, las partes deben realizar las alegaciones atinentes a atenuantes y agravantes en el acuerdo de juicio abreviado, por cuanto es el juzgador el encargado de fijar todos los hechos jurídicamente relevantes, entre los que se encuentran aquellas circunstancias que van a servir de pautas para determinar la sanción punitiva (c. 45.739, ‘P., J. D. s/recurso de casación’, del 30/06/2011). El art. 371 del ritual (...) es claro al decir que las cuestiones relativas a eximentes,

atenuantes o agravantes sólo se plantearan cuando hubieren sido discutidas o el tribunal las encontrare pertinentes siempre que fueran en favor del imputado; luego, en los casos en que las partes no planteen oportunamente aquellas circunstancias que eventualmente funcionarían como atenuantes, la cuestión queda librada a la consideración del tribunal. Resta por decir, en este punto, que si se permitiese su introducción tardía, el Tribunal revisor sería quien finalmente mensure la pena, lo que rompería con todo el sistema ideado por el Congreso Federal” (c. 54.864 cit.). Esto por un lado.

Por el otro, es dable precisar que las críticas dirigidas contra las agravantes ponderadas son improcedentes.

En torno a la pluralidad de intervinientes (cfr. fs. 54vta.), esta Sala supo afirmar –con apoyo en la doctrina- que, por lo general, un hecho cometido por varios partícipes revelará un ilícito más grave, en la medida en que ello represente un aumento del poder ofensivo o aumente la indefensión de la víctima (cfr. c. 57.398 y su acumulada 57.400 y las citas allí expuestas); aunque también se hizo hincapié en que el hecho cometido por un grupo habitualmente representa un peligro mayor que el cometido por un único autor y que la pertenencia al grupo facilita a los intervinientes el logro de sus objetivos (íd.). En el caso, la agravante tiene sentido porque fueron cuatro los sujetos que integraban el grupo criminal y esa actividad mancomunada, en donde cada uno portaba un rol específico, facilitó el designio criminal; a la vez, tres de ellos ingresaron a la vivienda lo que demuestra el mayor potencial ofensivo y las escasas posibilidades de defensa que tenían las víctimas. El argumento de la defensa, en cuanto que la diferencia era mínima y que entre las personas que ingresaron había una mujer, es inidóneo para conmover la decisión; no se trata de una cuestión



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

netamente numérica sino que, en el fondo, es un problema valorativo que depende de cada caso concreto y, en el presente, quedó comprobado que los atracadores –coactuando al efecto- neutralizaron con suma facilidad a sus víctimas (cfr. el testimonio de R. obrante en la cuestión primera del veredicto).

La condición que presentaban las víctimas, dos personas de avanzada edad, está correctamente merituada como agravante (cfr. fs. 54vta.). Tal como declaró R., para la fecha del hecho ella tenía 71 años y su difunto esposo 79 años de edad y ello resulta otra circunstancia demostrativa del mayor grado de indefensión de las víctimas a partir de la superioridad física que ostentaban los agresores por razones estrictamente fisiológicas. Que el fallecido R. midiera más de un metro ochenta de altura o que tuviera “buen porte”, no son características que en el presente permitan restarle entidad a esta agravante desde que aquel tenía 79 años de edad y sufría del corazón; R. se encargó de advertirles sobre esa última circunstancia, pero no obtuvo compasión de su parte. Esta agravante, al igual que la anterior, suponen una mayor gravedad de lo injusto –que es graduable, claro está- porque tanto el aprovechamiento de la condición septuagenaria de las víctimas, como la pluralidad de intervinientes, hicieron más probable desde el punto de vista *ex ante* la producción del resultado delictivo.

Por último, “la violencia innecesaria” aplicada a la señora R. (cfr. fs. 55) y por la que sufriera lesiones leves, constituye un parámetro que acrecienta el injusto y que agrava la condena dentro del propio juicio de reproche (cfr. *mutatis mutandis*, DONNA, ob. cit., t. II-B, ps. 178/179 y la cita expuesta en la nota al pie nº 122); ello, así, desde que aquella era justamente innecesaria, sobrada y redundante para la realización del

despojo.

Por lo demás, que no hayan llevado armas no quita ni disminuye el peso de las agravantes valoradas; idéntica respuesta vale contra las alegaciones que hiciera el doctor Churín –habla de que el hecho fue cometido “a la luz del día y con caras destapadas”- en la audiencia celebrada ante esta Sede (cfr. fs. 176). No hubo un dominio “casual” como indica la defensa, los atacantes –tras engañar a R. e ingresar a su vivienda- se aprovecharon de la condición de las víctimas y de su superioridad física y numérica, controlando en todo momento la situación a pesar de que no traían armas; además, y pese a ello, la golpearon a R. sin motivo alguno.

El argumento que dice que la acusada recibía órdenes ya fue refutado en el punto “3” del presente acápite; como así también fue explicado el alcance de las consideraciones que hiciera el *a quo* al finalizar el tratamiento de la cuestión segunda del veredicto (cfr. punto “2”, *id.*). Me remito a lo expuesto.

Por otro lado, debo aclarar que si bien es cierto que el específico aporte desempeñado por el coautor debe ser sopesado al momento de mensurar la pena, no encuentro que la cuantía impuesta haya desconsiderado que la acusada, en última instancia, no fue quien le quitó la vida a R. en términos estrictamente naturalísticos.

En suma, no existieron omisiones esenciales, las agravantes han sido correctamente aplicadas y no hubo discriminación de ningún estilo.

El proceso de cuantificación está motivado, toda vez que la pena impuesta respetó el límite normativo de la calificación y se decidió a partir de las pautas resueltas en las cuestiones cuarta y quinta del veredicto (cfr. cuestión segunda de la sentencia, fs. 56vta. *in fine* y s.), las que –como



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

vimos- fueron debidamente fundamentadas y aplicadas. Baste con ello para rechazar la invalidez del pronunciamiento que se propone.

Sobre la no aplicación del mínimo de la escala, esta Sala reiteradamente afirmó que “El punto de partida de la valoración es un tema de vital trascendencia, ya que para hablar de agravantes o atenuantes es necesario tener un punto de partida sobre el cual se pueda ‘agrarar’ o ‘atenuar’; cuestión que no ha encontrado una respuesta libre de objeciones desde la dogmática de la determinación de la pena. Precisamente, las soluciones propiciadas por algunos autores alemanes (verb. el ‘caso regular’ de Horn, el ‘caso de gravedad media’ de Dreher, el ‘caso regular normativo’ de Frisch, entre otros) constituyen criterios normativos que avanzan sobre este tema tan complejo pero que, en cierta manera, padecen de un alto grado de abstracción que terminan cayendo en definiciones tan generales como el tipo penal mismo (por todo, cfr. ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2da. ed. inalterada, Ad-Hoc, Bs. As., 1999, ps. 101/106); y se agregó que: “De todos modos, es dable poner énfasis en que, a diferencia de lo que sucedía en el Código Penal de 1886 (art. 52) y en la Ley de reformas nº 4189 de 1903 (art. 6), en donde se establecía que la pena ordinaria era la resultante del término medio entre el mínimo y el máximo de la escala y que dicho monto podía aumentarse o disminuirse frente a circunstancias agravantes o atenuantes, nuestra ley penal vigente no fija un parámetro vinculante para los jueces, lo que permite concluir que el legislador optó por dejar este punto a la libre decisión de aquellos Así, al no existir una infracción legal, la propuesta de la defensa no resulta hábil para conmover el fallo” (por todo, c. 54.864 cit.). Más allá de ello, el caso no justificaba en modo alguno la pena mínima de la escala.

En síntesis y por las razones indicadas, considero que la cuantía

seleccionada (16 años), teniendo en cuenta que se encuentra por debajo del término medio que en abstracto prevé la figura (serían 17 años y 6 meses), resulta proporcional a la gravedad del injusto y a la medida de su culpabilidad.

5) En conclusión, es posible afirmar que en relación al juzgamiento de V. Y., el fallo cumple con todos los requisitos de validez (entre ellos, la fundamentación) y así lo postulo.

β. El recurso presentado en favor del imputado F. D. M.

Este recurso contiene, al igual que el anterior, varias cuestiones que conviene separar desde un inicio al sólo efecto de guardar un orden coherente en el tratamiento de lo planteado. Para ello, dividiremos nuestro desarrollo en algunos acápite que ayudarán a presentar un esquema completo pero de fácil comprensión.

1) Inicialmente, parece adecuado examinar todas las críticas que se dirigen a cuestionar sendas incorporaciones de prueba escrita al debate, verbigracia testimonios, reconocimientos, actas, fotografías, etc. La defensa de M., en varios pasajes de su recurso, discute la forma en que han sido introducidos aquellos elementos al plenario, en algunos casos alegando que la decisión del Tribunal de origen lesiona garantías superiores y, en otros, invocando directamente la letra del artículo 366 del ritual bonaerense.

Un primer grupo de críticas se asienta sobre la base de que a determinados testigos les fueron exhibidos elementos que no fueron mencionados previamente por ellos mismos en su declaración; su queja se ancla en lo normado por el art. 366 del CPP, específicamente cuando establece que: "...Como excepción se podrán incorporar (...) La denuncia, la prueba documental o de informes, las filmaciones o grabaciones y las actas de inspección, registro domiciliario, requisas personal, secuestro y los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate al solo efecto de verificar sus contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada (...)” (el subrayado es propio y sirve para ilustrar el argumento del impugnante). Así, dentro de esta nómina, podemos citar a los siguientes supuestos planteados: a) en relación a C. O. R., “[a]l serle exhibido el reloj Festina secuestrado en autos... ya que el testigo no había aludido a ese efecto en su declaración...” (fs. 70vta. del legajo acumulado nº 57.889); b) la exhibición de la foja 119/vta. del legajo IPP nº 732-09 de la UFI nº 21 de Malvinas Argentinas al médico G. A. C., “...toda vez que el testigo no había hecho alusión alguna en su testimonio a esa foja ni a su contenido”, por lo que solicita “[se] case esta incorporación por lectura y declare la nulidad de su incorporación y del testimonio brindado por el médico C. A. por violar normas del debido proceso legal [-]art. 18 de la Constitución Nacional[-] afectando el derecho constitucional de la defensa en juicio... ya que se incorporara prueba de cargo en forma ilegal y en contra de las normas del Código de Procedimientos en [m]ateria [p]enal...” (fs. 73vta., íd.); c) en lo que hace al testimonio de A. I. B. al serle “...exhibida la fotografía de fs. 309 del principal...” puesto que “...el testigo fue inducido a reconocer una fotografía que no había mencionado en su declaración testimonial...” (fs. 74, ibíd.), y, más adelante, agrega que su testimonio se incorporó en forma ilegal pues la Agente Fiscal violó “...la oralidad haciéndole[] leer los libros y actuaciones de la causa 732/09 de la U[FI] 21 de Malvinas Argentinas” (fs. 96, ibíd.); d) respecto de E. N. C., se queja porque “...la Sra. Fiscal, a pesar de la oposición que ya había planteado la defensa anteriormente continuó introduciendo pruebas a través de exhibiciones de actas y fotografías que no fueron mencionadas en momento alguno por los testigos”, solicitando

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

“...la declaración de nulidad de esta [declaración] por [haber]se violado el art. 366 del CPP...” (fs. 74vta., ibíd.), y, más adelante –al igual que el anterior- también agrega que la Agente Fiscal violó *“...la oralidad haciéndole[] leer los libros y actuaciones de la causa 732/09 de la U[FI] 21 de Malvinas Argentinas”* (fs. 96, ibíd.); e) en lo tocante al testimonio de R. H. D., porque el Tribunal *“...admitió que la Sra. Fiscal incorporara prueba documental supliendo la versión oral y no al efecto previsto en la norma del art. 366 del CPP para aclarar contradicciones, incongruencias u omisiones sobre puntos de la declaración a las que el testigo haya hecho alusión en su declaración testimonial oral...”* (fs. 74vta., ibíd.); f) sobre la declaración de A. R., explica que se opuso *“...a la exhibición de fotografías de personas y cosas sobre las que no había hecho mención alguna en su declaración testimonial...”* (fs. 75, ibíd.); g) en algún tramo de su recurso incluye al testimonio de S. en las irregularidades que menciona, especialmente porque se le hicieron leer los libros y actuaciones de la causa 732/09 de la UFI 21 de Malvinas Argentinas (cfr. fs. 96, ibíd.; igual a fs. 93, ibíd.); h) por último, cuenta que declaró A. L. J. a la que también se opuso a que se le tomara declaración, ya que su testimonio no derivaba de la causa 732/09 de la UFI 21 que había sido incorporada por lectura, sino de otra causa distinta, siendo que *“...el Tribunal autorizó [...] la incorporación de pruebas por lectura sin que el testigo se haya referido en forma alguna en sus declaraciones testimoniales[,] as[í] consta en actas que se le exhibió el libro de guardias, el libro de detenidos, etc.”* (fs. 75vta. *in fine* y s., ibíd.).

Ninguna de estas quejas merece prosperar, a partir de los motivos que a continuación paso a enunciar (se respeta el orden del párrafo anterior).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

a) Luego de que O. C. R. prestara declaración y respondiera a las preguntas que se le formularan, el Dr. Churin (por ese entonces representando únicamente a V. Y.) se opuso a la diligencia de reconocimiento de los elementos secuestrados solicitada por la señora Fiscal, "...habida cuenta que el testigo es parte del proceso, y su patrocinante ya tuvo vista de la causa y de todo lo secuestrado, siendo dicha diligencia impropia, procesalmente hablando" (cfr. acta de debate, fs. 2vta. del presente legajo); a su turno, y cedida que le fuera la palabra, el Dr. Calvo (representante técnico del coimputado M.) expuso que compartía en un todo los dichos del Dr. Churin (cfr. íd.). A continuación, el Tribunal resolvió "...hacer lugar a la solicitud de reconocimiento de los elementos requerida por la sra. fiscal, sin perjuicio de la posterior valoración que pueda dársele" (ibíd.), motivo por el cual "...el dr. Chur[i]n formula reserva, la que es tenida presente por el Tribunal" (ibíd.). A partir de este breve *racconto* se puede advertir fácilmente que el letrado representante de M. no formuló la correspondiente protesta contra la resolución del Tribunal de mérito, de ahí que aquella fue consentida por la parte y llega firme a esta instancia. El principio general está establecido en el art. 429 del CPP, que deviene aplicable al caso, atento a que no fue invocado -ni se advierte de oficio- la concurrencia de algunos de los supuestos de excepción que enumera el art. 449 del mismo cuerpo de leyes. Debe tenerse en claro que la "oposición" que la defensa realiza durante el debate, frente a la solicitud fiscal, es una expresión del principio de bilateralidad, mas no vale como protesta desde que aquella no está dirigida contra la resolución del *a quo* pues ésta es posterior a la "oposición" y por esa razón no puede "entendérsela" (art. 429, CPP) como protesta de recurrir en casación; dicho de otro modo, la defensa se opuso a una pretensión del Ministerio Público Fiscal pero no se agravió

de la resolución del Tribunal que le hiciera lugar, sino que consintió esa decisión jurisdiccional al no entablar remedio de reposición o formular la protesta pertinente, de modo que no puede pretender ahora un salteo ilegítimo de instancias. Por otro lado, el motivo que invoca en esta sede casatoria no fue oportunamente planteado ante la instancia de origen, tratándose además de una simple alegación en donde ni siquiera se menciona algún elemento que permita apoyarla o darle sustento; esto último, precisamente porque surge del acta que el testigo, previamente a la diligencia de reconocimiento, ya había declarado y contestado preguntas (cfr. fs. 2vta.) y, si leemos la transcripción de su testimonio que hiciera el *a quo* en la cuestión primera del veredicto, es posible verificar que aquel se había referido al reloj “Festina” (cfr. fs. 26).

b) Idéntica respuesta merece la objeción dirigida contra la exhibición de la fs. 119vta., del legajo IPP nº 732-09 de la UFI nº 21 de Malvinas Argentinas, al médico G. A. C., puesto que si bien se opuso a la solicitud fiscal, en última instancia consintió la resolución del órgano de grado al no plantear reposición o protestar contra la misma, de conformidad con la doctrina que emerge de los arts. 429 y 449 del CPP (se lee a fs. 5 del acta de debate: “...la sra. fiscal solicita se le exhiba al testigo [la] fs. 119/vta. de la I.P.P. acompañada como instrucción suplementaria, nro. 732-09, pretensión ésta a la que el dr. Calvo se opone, por lo que, vista la cuestión suscitada, seguidamente el Tribunal resuelve hacer lugar a la medida solicitada por la sra. fiscal, ello por encontrarse esa prueba incorporada por lectura. Acto seguido el testigo sigue respondiendo a preguntas que se le formulan...”). He de agregar que no estamos ante uno de los supuestos que se encuentran eximidos de reclamo o de protesta, la defensa no lo alega ni mucho menos se esfuerza en demostrarlo; tampoco se verifica de oficio.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Asimismo, no es posible constatar que sea cierto lo alegado, desde que en el acta no se consignó el motivo de su oposición, lo que demuestra que el interesado no se preocupó en solicitarle al Tribunal que transcriba dicha constancia o, en el peor de los casos, tendría que haber efectuado -por lo menos- alguna objeción al momento de rubricarla para brindarle a este Tribunal algún motivo para sospechar que sus alegaciones son verosímiles. Por lo demás, es claro que si la pieza estaba incorporada por lectura (cfr. fs. 2071 del ppal.) no se menoscaba el debido proceso legal ni el derecho de defensa, porque la parte ya conocía el contenido de la misma y, con ello, era de esperar que en algún momento le fuera exhibida al deponente por la simple razón de que aparecía su nombre y supuestamente también su firma. Pero también debe tenerse presente que la exhibición de prueba documental cuya incorporación fuera decidida anteriormente, no afecta el derecho de defensa ni condiciona la oralidad en la medida en que existieron posibilidades de controlar, discutir y contradecir la información que surge del elemento introducido (cfr. fs. 5/vta., especialmente al inicio de la foja 5vta.); agréguesele que, en el caso, parece ilógico exigirle al testigo que se refiera “específicamente” (las comillas las agrego para darle énfasis al término) a un acto del cual no estaba enterado que existía toda vez que, como veremos, no fue él quien lo llevara a cabo ni era su firma la que figura en el certificado y, en todo caso, tratándose de un instrumento privado, era necesario contar con el reconocimiento de la firma, en orden a lo dispuesto en el Libro Segundo, Sección Segunda, Título 5º, del Código Civil.

c) y d) Acerca de las exhibiciones que se les hicieran a los testigos G. A. I. B. y E. N. C., encuentro que directamente la defensa no se opuso a las medidas que, ahora y aquí, cuestiona (cfr. acta de debate, fs. 5vta.); para ser más precisos, hubo una oposición dirigida al hecho de que no

declarasen aquellos testigos pero que nada tiene que ver con el motivo expuesto en su recurso (cfr. fs. 4vta.). A partir de lo cual se deriva que no se suscitó una contienda sobre el punto, al no existir en aquel momento intereses contrapuestos que hubieran requerido la resolución del órgano de la instancia; de allí que este Tribunal no puede –atento su función revisora– abocarse al conocimiento de cuestiones firmes y consentidas al no verificarse una nulidad no susceptible de confirmación. No obstante, quiero aclarar que nada de lo que se alega se puede constatar con las constancias habidas en el acta y que no tengo ni el menor atisbo de sospecha de que ello sea verdadero, precisamente porque en el momento oportuno la defensa no levantó ninguna objeción al respecto.

e) En lo que concierne a R. H. D., vale lo dicho en el párrafo que antecede; no hubo oposición de la defensa y así tampoco decisión jurisdiccional ni protesta (cfr. fs. 6). De todos modos, si aquel se estaba refiriendo a la fisonomía de los sospechosos, era perfectamente válido que le mostraran una fotografía en donde aparecía uno de ellos (cfr. fs. 6). Más allá de lo dicho, veo -ante la respuesta del testigo- que en la fotografía exhibida había una mujer (íd.); luego, ningún perjuicio le acarrearía ese acto a su asistido, lo que marca la inexistencia de agravio.

f) Respecto de J. A. R., tampoco hay verdadero agravio desde que la petición que cursara en el transcurso del debate tuvo favorable acogida (se lee a fs. 6vta. del acta de debate: “Seguidamente la sra. fiscal solicita se le muestre al testigo la fotografía de fs. 309, y el dr. Calvo se opone a la realización de dicha medida, hasta tanto no se le muestre la pieza de fs. 53. Seguidamente, el Tribunal resuelve hacer lugar al pedido de la defensa, en salvaguarda del derecho de defensa en juicio”; si se observa la constancia dejada por el Dr. Calvo en la primera línea de la foja 7, fácil es afirmar que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

la resolución fue cumplida); y, más allá de aquello, no existió otro punto controvertido (remito a lo dicho *supra*, puntos “c y d” y “e”).

g) En lo tocante al testimonio de S., tampoco hubo controversia alguna al momento en que se le exhibieran los libros (cfr. acta de debate, fs. 7); se aplica, entonces, lo explicado *supra* (puntos “c y d” y “e”). Sin perjuicio de ello, es erróneo lo que afirma la defensa, atento a que el testigo sí se había referido previamente a la documental que le exhibieron; prueba que se extrae de la propia acta de debate: “...J. L. S.... da declaración y responde a las preguntas que se le formulan, dejándose constancia en acta de los siguientes dichos del testigo: ‘Que se ofrece a llevar el libro de guardia original y el de detenidos, y en ambos había adulteraciones’ (fiscal); que exhibido que le fue el libro de guardia...” (fs. 7).

h) Finalmente, cabe decir que si bien el Dr. Calvo se opuso a la declaración de J., posteriormente omitió formular la reposición o protesta frente a la decisión adversa del Tribunal (se lee a fs. 9vta.: “...se reanuda el debate, y el dr. Calvo formula objeción en relación a que preste declaración testimonial la sra. A. L. J.. Ante ello, la sra. fiscal expone que no es correcto lo que expresa el dr. Calvo, toda vez que la denuncia de J. se encuentra en la I.P.P. 00732-09, la que se ha incorporado por lectura. Por su parte, el dr. Lucio González manifiesta que adhiere al planteo fiscal, y el dr. Chur[i]n sostiene que durante el debate tendría que haber un comportamiento uniforme de las partes, lo que no hace la sra. fiscal. Acto seguido, S.S. tiene presente lo vertido por el dr. Chur[i]n, y el Tribunal resuelve no hacer lugar a la objeción expuesta por el dr. Calvo, en base a los fundamentos ya vertidos con anterioridad, y manteniendo así el criterio sustentado. A la postre S.S. ordena se prosiga con la producción de la prueba testimonial...” y no se advierte –ni se alega- que se trate de un supuesto de excepción (doct. arts.

429 y 449 del CPP; recuérdese la explicación dada en el punto “a”); igualmente comparto el razonamiento que hiciera el Ministerio Público Fiscal al contestar la oposición.

En segundo término y continuando con el mismo eje temático, es necesario dejar sentado, en respuesta a la objeción que formulara el Dr. Churin –representando ahora a ambos acusados- en la audiencia celebrada el día 23 de mayo del corriente (cfr. fs. 174vta.), que la fotografía de fs. 53 del ppal. estaba incorporada al juicio conforme el auto de fecha 02 de noviembre de 2011 (cfr. fs. 2069, ppal.) y que la foja 67 del ppal. no contiene ninguna fotografía sino la declaración que prestara A. R. ante la policía (si quiso referirse a las fotografías de fs. 69 del ppal., éstas también estaban incorporadas conforme surge de fs. 2069 íd.).

En tercer lugar, no existe menoscabo a garantía constitucional alguna si durante la instrucción la fiscalía tomó una declaración testimonial sin haber notificado a la defensa (véase su crítica a fs. 86vta. del legajo acumulado cit.), ya por el hecho de que aquellos actos no tienen el carácter de definitivos e irreproducibles y por esa razón no conllevan la exigencia que prevé el art. 276 del CPP. Esto va dirigido preferentemente al testimonio de Farías, quien asistió al debate y, de este modo, su declaración pudo ser controlada y confrontada por la defensa; el tema de G. lo abordaremos luego.

Sobre las críticas dirigidas a reflatar supuestas irregularidades que tuvieron a los actos de la instrucción, me remito a lo explicado en oportunidad de tratar los agravios que con carácter análogo planteó la defensa de Y.

2) Previo al análisis que amerita el fondo del asunto, corresponde referirse a las quejas que giran en torno a la incorporación por lectura al debate de las declaraciones de R. R. y de H. E. G., así como el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

reconocimiento en rueda practicado por este último (cfr. fs. 76, 82 y todo el desarrollo de fs. 84 *in fine* y ss. del legajo acumulado); en este punto, la defensa ha seguido el procedimiento que la ley procesal establece para impugnar este tipo de decisiones (véanse las fojas 10 y 11, donde figuran la oposición y posterior protesta). Este agravio, si se hace un poco de memoria, había sido deducido por los representantes técnicos de V. Y.; la controversia es prácticamente la misma con la única diferencia en que la defensa de M. no pudo controlar el testimonio de G. al no haber asistido a la audiencia celebrada con motivo de recibirle su declaración durante la instrucción preparatoria. De todas formas, es aplicable aquí idéntica doctrina que la utilizada con anterioridad (cfr. el dictamen del Procurador Fiscal en causa “A. 935. XLI”, caratulada “*Alfonso, David Abraham s/ causa N° 4558*”, cuyos fundamentos y conclusiones fueron compartidos por la mayoría de la Corte Federal), en la medida en que dejando a un lado las piezas de fs. 35 (declaración de G. en sede policial), fs. 223/226 (declaración de G. en la fiscalía), fs. 215/216 (reconocimiento practicado por G.) y la de fs. 332/333 (declaración de R. R. R. en sede policial), la imputación que pesa sobre F. D. M. se mantiene inalterada, pues existen otros elementos –introducidos regular y legalmente al plenario- que fueron correctamente ponderados por el Tribunal de mérito y que dan suficiente respaldo a la condena impuesta. Esto se demostrará en lo que sigue.

F. D. M. fue visto, por el personal policial que efectuara las tareas investigativas, desplazándose en el automóvil utilizado para cometer el hecho que inició el presente proceso (cfr. fs. 40vta.). Particularmente, tanto R. H. D. como J. A. R. aseveraron aquella afirmación durante el transcurso del debate, ya que el primero, exhibida que le fue la placa fotográfica del imputado que luce a fs. 309 del expediente principal (incorporada por lectura

según fs. 2069, ppal.), manifestó "...que lo reconocía como uno de los sujetos que se desplazaba en el vehículo P. investigado" (fs. 32), a la vez que el segundo, luego de que se le exhibiera la misma fotografía (fs. 309, ppal.), dijo "...que era la persona que vi[o] desplazarse en el P.... investigado y que ingresó y egresó del domicilio de la calle B. en varias oportunidades" (fs. 32vta.). Testimonios que pasaron el filtro de la oralidad según se expone a fs. 32vta. y s.: "Al igual que con los anteriores testigos el personal policial interviniente se expidió en forma conteste acerca de los aspectos esenciales de la investigación. En efecto, de los dichos del personal policial se desprende que tomaron conocimiento de un ilícito y, en consecuencia, a partir de los datos aportados por los testigos (modus operandi del hecho, descripciones físicas de los autores, automóvil en el que se desplazaban y parte del dominio del mismo) llevaron a cabo la investigación determinando las personas que se desplazaban en dicho rodado y en qué domicilios residían, a partir de lo cual se libraron las órdenes de allanamiento respectivas. Ninguna 'causa armada' advierto en ello".

Contra ello se alza la defensa alegando que los citados funcionarios policiales mintieron al decir que la persona fotografiada a fs. 53 del expte. ppal. fuera la misma que la de fs. 309 del ppal. y porque -conforme surgiría de unos informes que dice agregados a la causa- el vehículo investigado estaba radicado en la provincia de Córdoba, preguntándose cómo es que llegaron a Capital Federal, como así también, indica que de acuerdo al dato que tenían de antemano (la letra "." y los números "...") hubiesen tenido que investigar a un total de 4032 vehículos posibles hasta llegar al sindicato; todo lo cual le genera serias sospechas y termina tildándolos de mentirosos (cfr. fs. 74vta. y s. del legajo acumulado). Cuando respondí una queja



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

idéntica formulada por la defensa de Y., expliqué que siempre que las averiguaciones y los procedimientos se hayan desarrollado dentro del marco de la ley, no importa cómo es que hizo la policía para llegar a ese auto o a los sospechosos, puede que sea así debido a que los venían investigando con anterioridad tal como dijeron D. y R. (cfr. fs. 31vta. y 32), puede que el azar les haya jugado una buena pasada, o puede también que hayan unido varios de los datos con los que contaban y de esta manera el campo de la búsqueda se acotaba, etc., lo que sí importa es que no existieron irregularidades de ningún estilo y que, sea por el motivo que sea, la instrucción brindó sus frutos al recolectar elementos suficientes para llevar el conflicto a juicio oral y público. Precisamente si en algún momento se habló de un P. ...,pero luego dieron con un ..., eso confirma que se estaba investigando, justamente porque en una investigación se barajan varias hipótesis, se desechan unas y se mantienen otras, se avanza y se retrocede, hasta que las piezas se van ensamblando una por sobre la otra, se completa parte del rompecabezas y lo que en un principio era desorden y desorientación adquiere pleno sentido y comprensión; por lo demás, el recurrente debe comprender que la Cámara no dictó un pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto, sino que evaluó el mérito de la coerción que pesaba sobre otro de los sujetos que en ese momento estaba imputado en la causa, que dicha resolución fue dictada a pocos meses del hecho, que la investigación se prolongó por un tiempo verdaderamente mayor y, finalmente, que la Cámara, a diferencia del Tribunal Oral, no contó con la intermediación, herramienta esencial y decisiva para analizar y valorar la credibilidad de los testimonios. Por otra parte, poco interesa quién es el sujeto que aparece en la fotografía de fs. 53 del ppal., si ambos funcionarios expresaron que el de fs. 309 del ppal. (el imputado de autos) era uno de los

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

sujetos que se desplazaba en el vehículo investigado (véanse los extractos copiados precedentemente). Sigamos.

Aquel dato que se extrae de los testimonios reseñados se confirma con la declaración de F. Él contó en el juicio, conforme la transcripción obrante en la cuestión primera del veredicto, "...que era cliente del sr. R. R. Que el día del hecho el deponente circulaba conduciendo una camioneta marca T. H., de color verde, por la calle T., junto con un compañero de trabajo, E. G. Que unos treinta metros antes de la casa de R., vi[o] al nombrado en la puerta de la finca hablando con tres personas, una señora y dos hombres. Que aminoró la marcha para saludarlo, venía muy despacio 'a dos por hora' –sic- y le grit[ó] 'R.'. Que éste se di[o] vuelta y lo saludó y el dicente y su acompañante continuaron la marcha hacia el taller mecánico al que se dirigían... Que la mujer estaba al costado de R., otro masculino de frente, y el restante un poco más atrás (...). Que en el velatorio, que se llevó a cabo el otro día, habló con G. y no podían creer lo que había sucedido. Que también en el velatorio habló con O. y le contó que lo habían visto al padre hablando con estas personas en la puerta de la casa. Que luego de esta conversación fue convocado por la policía a declarar y contar lo que había visto (...). Que el deponente fue convocado a efectuar ruedas de reconocimiento de personas (...). Que también en otra rueda efectuó otro reconocimiento entre cuatro hombres. Que en la misma reconoció a uno de los hombres que vi[o] ese día, que era el que estaba de frente al dicente, y era robusto, morrudo, ancho, cabello oscuro ondulado, cara redonda, de 1,75 [ó] 1,80 de estatura aproximadamente. Que el día del hecho este sujeto vestía buzo rayado y pantalón clarito" (fs. 28/vta.). Cabe adunar que a fs. 217/218 del expediente principal luce el reconocimiento practicado por F. sobre la persona de F. D. M. (incorporado al debate según fs. 2070, íd.); su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

resultado fue, ciertamente, positivo. No hay ninguna historia difícil de “digerir” y de “creer”, como sostiene la defensa; F. pudo apreciar parte de la situación ya porque al ver a R. hablando con unas personas, aminoró la marcha para saludarlo, explicando que venía muy despacio, “a dos por hora” (cfr. fs. 28).

La declaración de F. -la cual pasó el filtro de la inmediación (cfr. fs. 31)- como su reconocimiento, a mi modo de ver, son elementos decisivos si se los analiza en consonancia con lo aportado por los oficiales de policía, porque si se pudo averiguar que los atracadores contaban al momento del ilícito con un vehículo P. ..., si al acusado se lo vio varias veces a bordo de ese mismo automóvil (tal como lo atestiguaran D. y R.) y si F. no dudó en reconocerlo como uno de los sujetos que se encontraba en la puerta de la vivienda del fallecido R., considero que no se puede vacilar acerca de que F. D. M., estuvo allí presente, en ese momento y en ese lugar, complotado con sus consortes de causa y con el claro objetivo de apoderarse ilegítimamente de lo que encontrarían en la vivienda de quienes serían sus víctimas.

La defensa, por su parte, discrepa con la fuerza otorgada a este testimonio, valiéndose de varios argumentos, tales como que R, sí pudo verle la cara a los agresores –cita la fs. 22/23 del expte. ppal., aclarando que no se encuentra incorporada al debate- y que no reconoció que el testigo F. indicó que pasó a las 16.40 hs., horario en que el hecho ya había concluido (cfr. fs. 79, íd.), y, por sobre todo, que *“...el sujeto bajo y gordo que describe E. R. vestido con buzo a rayas y pantalón clarito que es el que sube a la parte superior de la casa, revuelve, y baja para luego golpearla en el rostro; es el mismo sujeto que reconoce P. F. en su reconocimiento en rueda pero que lo describe en forma diametralmente opuesta a la testigo E.*

R. de R., sin perjuicio de que lo describe vestido en idéntica forma[,] buzo a rayas y pantalón claro” (fs. 82 del legajo acumulado, se omitieron los destacados; véase también fs. 82vta. y s., íd.). Pese al esfuerzo, ninguno de ellos resulta idóneo para restarle entidad a este elemento de cargo.

En primer lugar, no es posible que pretenda valerse de una pieza que no fuera incorporada al debate por la sencilla razón de que directamente no la ofreció como prueba (cfr. fs. 1983/1985 del ppal. y el acta que documenta la audiencia del art. 338 del CPP, especialmente a fs. 2046vta. y ss. del ppal.), ni solicitó su incorporación durante el debate (cfr. fs. acta de debate, fs. 2vta. *in fine* y s.) con el fin de verificar “omisiones” (art. 366, CPP); ergo, no puede volver sobre sus pasos o, dicho con más elegancia y tecnicismo, sobre sus propios actos.

En segundo lugar, no encuentro que F. haya declarado en el debate que pasaron por la casa de R. R. a las 16.40hs. Nada de ello surge del fallo (cfr. la transcripción de su testimonio en la cuestión primera del veredicto, fs. 28/vta.), como así tampoco ninguna constancia aparece en el acta de debate (cfr. fs. 8vta. y s.).

En tercer lugar, el intento de la defensa por demostrar que F. no fue sincero en su declaración, no puede tener asidero. Por un lado, porque la descripción que aportara el testigo (“...reconoció a uno de los hombres que vi[o] ese día, que era el que estaba de frente al dicente, y era robusto, morrudo, ancho, cabello oscuro ondulado, cara redonda, de 1,75 [ó] 1,80 de estatura aproximadamente”, fs. 28vta.; cfr. tamb. fs. 8vta. *in fine*) se condice con suma exactitud con los rasgos fisonómicos del acusado M. según las fotografías de fs. 309 (claramente un sujeto robusto, morrudo, ancho, cabello oscuro ondulado y de cara redonda) y de fs. 383 (exactamente igual a la anterior, con el agregado de que se visualiza su altura, apenas unos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

pocos centímetros por encima del metro ochenta), coincidencia que no es casualidad sino causalidad: el testigo lo reconoció y fue tan preciso en describirlo porque efectivamente lo vio en las afueras de la vivienda de R.; por el otro, toda vez que tenemos un antecedente que nos permite inferir que si lo reconoció es porque no tuvo duda alguna, de lo contrario hubiese actuado como lo hizo al participar en la rueda de reconocimientos de la coimputada. Luego, que R. no lo reconociera no desvirtúa el reconocimiento de F., a lo sumo indicaría que el acusado no ingresó a la vivienda, pero de ninguna manera permite inferir que aquel no estaba afuera de la misma aguardando a sus compinches. Y, para cerrar, no surge que en el curso del juicio R. haya hablado de un sujeto que vestía “buzo a rayas y pantalón claro” (cfr. fs. 2vta. *in fine* y s., y fs. 26 y ss.); es más, si como alega el recurrente “...E. R. dice que es bajito y gordo, de pelo ondulado, de [...] 1.55 de estatura[,] sin reconocerlo en la rueda de reconocimientos[,] en tanto que F. y G. lo vieron alto 1,75, 1,80 y gordo morrudo, corpulento y lo han reconocido como a mi defendido” (fs. 83 del legajo acumulado), es evidente que se estaban refiriendo a personas distintas y que si R. no lo reconoció en todo caso fue porque M. no ingresó a la finca, pero –repito- ello no descarta su participación en el hecho ya porque éste estaba en el lugar –tal como lo divisó F.- y era parte de la empresa criminal (esto se abordará con más detalles *infra*).

En síntesis, no hay razones objetivas que lleven a desechar la apreciación subjetiva que tuvieron los jueces de grado al escuchar a P. F.; todo lo demás son palabras sin sustento y que no representan más que un intento de otorgar fuerza a las alegaciones (p. ej., cuando dice: “*Con respecto al testigo F. [é]ste es y era amigo de la familia R., trabajaba para personas de su entorno, indudablemente posee el afán de encontrar un*

culpable, el que le fuera indicado por las autoridades policiales llevándolo de la mano hacia sindicarse a mi asistido F. M.”; fs. 80vta. del legajo acumulado).

Por fuera de lo dicho, se alegaron otras cuestiones: a) contradicciones sobre la ubicación del automóvil de la víctima, a partir de lo declarado por S., F., G. y G. (cfr. fs. 72vta. y s.; fs. 79vta. y s.); b) contradicción entre G. y F. en relación a la ubicación de los sujetos que estaban charlando con R. fr. fs. 80); e) objeta que el Tribunal haya podido apreciar cómo se expresó el testigo G., por tratarse de un testimonio escrito recibido en la instrucción (cfr. fs. 80vta.); f) el resultado de la pericia de ADN (cita las fs. 1293/1295 del ppal.), la que desvincularía a su pupilo (cfr. fs. 81, 83 y 94); g) la existencia de filamentos pilosos que no pudieron ser peritados por la falta de su bulbo (cfr. fs. 81 y 94); h) huellas que fueron levantadas pero que no pudieron ser peritadas (cfr. fs. 81vta. y 94vta.); i) que aparentes informes de telefonía celular no sitúan a F. D.. M. en la escena de los hechos (cfr. fs. 81vta.).

Sobre las objeciones que redundan exclusivamente en torno al testimonio que G. prestó durante la IPP (ver letras “c” y “e” del párrafo anterior), corresponde adoptar el mismo temperamento que al momento de analizar el recurso de la coimputada; son intrascendentes, ya porque no se computa este testimonio en orden a las objeciones del recurrente.

Acerca de la ubicación del automóvil de la víctima y de los sujetos que se encontraban charlando con esta última (letras “a” y “b”), me remito *mutatis mutandis* a lo explicado en oportunidad de abordar la impugnación de la defensa de V. Y..

No existe ninguna contradicción relevante (letra “d”) si “....*P. F. [dijo] en la audiencia... que R. R. vestía campera negra con vivos naranjas y pantalón oscuro y en la autopsia de fs. 4/8 se dice que el occiso vestía buzo*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

bicolor (gris y azul) con vivos rojos en mangas y pantalón largo color negro y camisa cuadrillé en tono beige” (de lo afirmado por el recurrente; cfr. fs. 80 del legajo acumulado).

Que no se hayan producido determinadas pruebas por imposibilidades científicas o de otra índole (letras “g” y “h”), no desvirtúa la conclusión arribada de la mano de otros elementos –incorporados o producidos regular y legítimamente al debate- conforme fuera reseñado; escapa a la lógica más elemental el supuesto silogismo que intenta construir cuando dice: *“Las huellas levantadas en la escena del crimen NO LO INCRIMINAN, desde ya a pesar de no haberlas podido comparar NO LE PERTENECEN, lo que prueba también su inocencia”* (ver fs. 94vta. del legajo acumulado).

Respecto de supuestos *“...informes de telefonía celular [que] no sit[ú]jan a F. D. M. en la escena de los hechos”* (fs. 81vta. del legajo acumulado, se omitió el destacado), la defensa olvida indicar cuáles serían esos informes, de dónde surgen y específicamente qué dicen (ver letra “i”); a raíz de lo cual me encuentro imposibilitado de verificarlos y analizarlos. Igualmente, aun suponiendo que existieran, no aportarían ninguna información determinante, puesto que únicamente probarían que determinado celular fue utilizado en determinada zona, pero nada pueden decir acerca de quién fue la persona que lo usó independientemente del informe de titularidad.

Por último, la pericia de ADN (letra “f”). En realidad, serían dos: la de fs. 1293/1296 del expte. ppal. (incorporada al debate, según fs. 2070 del ppal.) y aquella otra cuya copia certificada luce a fs. 196/198 de este legajo (admitida y agregada a la presente causa conjuntamente con otras piezas; véase el auto de fs. 202/vta.). Vista así la cuestión, el panorama cambia

porque ahora se incorpora una segunda pericia que no existía al momento en que se dictara la sentencia recurrida y que debe ser analizada en conjunción con la anterior; no se entiende el esmero –por cierto, irrelevante porque el punto ya estaba decidido- que pone la Fiscal adjunta de esta Sala en objetar la admisión de una prueba -de carácter científico- que puede ayudar a esclarecer puntos controvertidos en la presente causa (se lee a fs. 216 del legajo: *“Acto seguido se le concede la palabra a la [r]epresentante del Ministerio Público Fiscal, quien considera que la prueba para ser admitida en esta instancia casatoria tiene un ámbito restringido, que el ofrecimiento de prueba realizado excedió el mandato del máximo esfuerzo probatorio, dice que de haberse cumplido con el plazo de veinte días para el dictado de la sentencia no habría tenido lugar este ofrecimiento...”*), quizás debería recordar el imperativo que emana del art. 56, segundo párrafo, del CPP [texto según ley 13.943]). Continuemos.

En la pericia practicada con fecha 29/04/2009 se concluyó que: “1.- No puede vincularse a los imputados F. D. M., L. D. M. y V. Y. con el material genético detectado en las uñas mano derecha N° 1 y N° 5, y uña mano izquierda N° 1”, “2.- No puede excluirse a la víctima de autos como generadora del material genético detectado en la uña mano izquierda N° 1 y como generador contribuyente del perfil mezcla detectado en las uñas mano derecha N° 1 y N° 5, correspondiendo el otro componente de la mezcla a un individuo NN masculino no inclu[i]do en el análisis” y “3.- “Según la información obtenida a partir del análisis del Cromosoma Y de las uñas mano derecha N° 5, el individuo NN podría corresponder a un masculino perteneciente al mismo linaje paterno que los imputados M. (familiares varones relacionados por la vía paterna)” (por todo, fs. 1294/vta., con destacados en el original). De las piezas incorporadas en esta instancia,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

surge que el 13/02/2013, el Agente Fiscal decretó lo siguiente: “En atención al contenido de la pericia IH glosado a fs. 234/236 en el que se ha hallado sangre de origen humano en muestras tomadas de las prendas de vestir que ten[í]a colocadas al momento de su detención R. R. M. –ver fs. 126/127-, y valorando el resultado de la pericia de ADN agregado a fs. 64/66, l[í]brese oficio a la Dirección General de Asesorías Periciales La Plata a los efectos que se fije d[í]a, hora, perito y lugar para llevar a cabo pericia de cotejo de ADN, a los efectos de establecer si las muestras sangu[í]neas halladas en las uñas de la v[í]ctima de autos R. R. reservadas en la secci[ó]n IH 113.666 y/o ADN 13.280 de la DGAPLP se corresponden a las muestras correspondientes a la persona de R. R. M., atento el resultado de la pericia IH reservadas en N° interno 135.553” (fs. 194 del legajo). Y, finalmente, esa pericia ordenada fue realizada el 15/05/2013, arrojando las siguientes conclusiones: “El análisis realizado sobre la base de los resultados obtenidos no excluye al individuo generador del material genético detectado en las evidencias 4 (cinturón), 5 (jeans), 7 (fragmento de tela), 8 (fragmento de tela), 9 (hisopo), 10 (hisopo), 11 (hisopo) y 12 (control remoto) como posible generador del material genético mayoritario detectado en el perfil mezcla recuperado de las uñas de la mano derecha N° 5 (MD5) de pericia previa de mención. Se estima que los resultados obtenidos son cuarenta y nueve trillones (4.9×10^{19}) de veces más probables si el perfil genético detectado en dicha evidencia corresponde a material genético del donante del material genético detectado [en] las evidencias 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 12; que si el material genético detectado en la misma corresponde a material genético de otro individuo tomado al azar de la población de referencia” (fs. 197vta. y s. del legajo).

¿Qué prueba todo ello?, sería la pregunta. La respuesta es sencilla:

aquellas pericias –dada la mecánica de los hechos- demuestran prácticamente con certeza que F. D. M no fue el sujeto que estranguló a R. R. Y, si recordamos que R. no pudo reconocerlo, podemos inferir –beneficio de la duda mediante- que tampoco resultó el otro sujeto que ingresó a la morada. Pero de ello no se sigue, necesariamente, que F. D. M. no haya participado en el evento disvalioso, pues a partir del dato que emerge de las declaraciones de los oficiales R. H. D. y J. A. R. y de la declaración y reconocimiento de F., es perfectamente válido inferir -sin espacio para la duda- que el aquí acusado, sin perjuicio de que estuvo afuera de la finca, intervino en el ilícito al ser parte del grupo criminal (sobre su rol y los detalles de la imputación, los determinaremos *infra*).

Superadas aquellas objeciones, apreciamos que la fuerza convictiva emanada del plexo de cargo se mantiene intacta. Queda, sin embargo, algo más: la versión de descargo. En líneas generales, se aduce que, tratándose las actuaciones policiales producidas por la averiguación de antecedentes de F. D. M. de instrumentos públicos que no han sido declarados falsos, hacen plena fe de lo dicho (cfr. fs. 96 y ss. del legajo acumulado).

Discrepo con la defensa. En efecto, el Código Civil claramente estipula en su artículo 993 que el instrumento público hace plena fe “...hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal...” (cfr. SALVAT, ob. cit., nº 1968, p. 345). La letra del texto es -a mi juicio- clara y al parecer sólo exigiría incoar la acción de redargución, sea la civil o la criminal, para desvirtuar la fuerza de convicción que ostenta el instrumento público; no es lo mismo la fórmula empleada por el derecho positivo vigente (art. 993, CC; conservada en el Anteproyecto Bibiloni, art. 442 de la primera redacción, art. 390 de la segunda redacción, y el art. 246 del Proyecto de 1936), que la del art. 258 del Anteproyecto de 1954 que decía “el instrumento público hará



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

plena fe mientras no fuere declarado falso en juicio...”. De todas formas, no se me escapa que cierto sector de la doctrina civilista, criticando la letra del art. 993 del CC, entienda que la fe del instrumento subsiste hasta la declaración judicial de falsedad, “...pues de lo contrario le bastaría al impugnante deducir la tacha de falso para suspender la eficacia de prueba tan importante” (LLAMBÍAS, ob. cit., n° 1674, p. 393), o porque le “...bastaría a un deudor de mala fe o a cualquier persona imposibilitada de cumplir una obligación, aventurarse en una redargución de falsedad para paralizar los efectos del instrumento público” (BORDA, ob. cit., n° 990, p. 203), pero éste no es un caso en el que haya ocurrido algo de ese estilo. Todo lo contrario, aquí no hubo ningún deudor o vecino malintencionado, sino que fue un Fiscal quien, como representante del Estado y en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad (art. 120, CN), al advertir la posible comisión de un delito de acción pública, ordenó la extracción de fotocopias certificadas de las piezas de fs. 499/501, 626/717 y 639/717 (todas del ppal.) y su remisión a la Unidad Funcional en turno (cfr. fs. 718, ppal.), lo que dio origen a la IPP n° 15-00-000732-09 de trámite ante la UFI n° 21 de Malvinas Argentinas, caratulada “*Personal Policial s/ Falsificación de documentos*” (incorporada según fs. 2071 del ppal.); en otras palabras, el Ministerio Público Fiscal promovió la acción penal con el objeto de que se investigue la posible comisión de un delito de falsedad y eso equivale a deducir querrela de falsedad por acción criminal en los términos del art. 993 del Cód. Civ. Igualmente, aquella doctrina de alguna manera habilita un espacio de libertad para que el juez –atendiendo a las circunstancias del caso- pueda admitir una eventual suspensión de los efectos (cfr. BORDA, íd.; LLAMBÍAS, íd.). Ahora bien, cierto es que los citados autores se refieren –o así lo dan a entender- al magistrado que le

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

competente decidir sobre la falsedad, pero esto no puede convertirse en un obstáculo para que esta Magistratura pueda realizar ese cometido y, de esta forma, coloque dichas actuaciones bajo la lupa de la sana crítica racional. No es una decisión arbitraria, tengo varias razones.

La primera es porque, en rigor de verdad, el texto del art. 993 del CC no exige la “declaración de falsedad”, más bien ello es una interpretación de la disposición que propone cierto sector de la doctrina civilista por razones que ya vimos y que no se dan en el caso; aquí, no se trata de un instrumento destinado a comprobar la celebración de un determinado negocio jurídico, sino de la constancia actuarial de un acto del derecho público, con la importancia que ello acarrea.

La segunda en tanto que en la IPP de referencia se dispuso el archivo de las actuaciones por disposición del Agente Fiscal (cfr. fs. 241, IPP cit.), de modo que no existió una decisión jurisdiccional sobre el punto (por esta razón es que no se lesiona ningún principio de contradicción como alega la defensa). Pero, además, lo importante es dejar bien en claro que el archivo fue dispuesto a razón de que no surgía de lo actuado “...elementos convictivos suficientes que permitan convocar a/los encausados a los fines previstos por el art. 308 del rito ni vislumbr[á]ndose –al menos en lo inmediato- la posibilidad de adquirir nuevos elementos que permitan modificar el cuadro convictivo logrado a la fecha en cuanto a la probable autor[í]a del hecho investigado...” (fs. 241, IPP cit.); se advierte fácilmente que el motivo del archivo fue la insuficiente prueba habida para afirmar *prima facie* que los encausados fueran los autores de la hipótesis delictiva. En este contexto, no tomo en cuenta las pericias de fs. 155/vta., 178/vta., 220/vta. y 234/237vta. (esta última algo pudo afirmar pero es irrelevante porque el punto no parece controvertido) todas de la IPP cit., toda vez que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

ninguna de ellas resulta determinante al respecto. No puede quejarse la defensa que el perito calígrafo (Jorge Andrés Zancocchi) no concurrió al debate si omitió ofrecerlo oportunamente como prueba (cfr. fs. 1983/1985 y fs. 2045/2048 del ppal.), máxime porque era su Ministerio –en orden a lo requerido- quien tenía a cargo la instrucción suplementaria relacionada con las actuaciones otrora mencionadas (cfr. fs. 2071/vta. del ppal.); de todos modos, si el resultado de las pericias fue intrascendente, lo hubiese sido también la concurrencia al debate del perito que las realizara.

La tercera porque, más allá de la sanción de anulabilidad que prevé el art. 989 del Código Civil y que goza de la prescripción convalidatoria, se ha dicho que “[l]a presunción de la autenticidad del instrumento público, sólo existe respecto al instrumento que aparece en condiciones regulares. Si, por el contrario, el instrumento presenta irregularidades notables, por ejemplo, raspaduras o borraduras no salvadas, anomalías en la firma o en el sello, etc., nuestro principio dejaría de ser aplicable...” (SALVAT, ob. cit., n° 1967, p. 344), como así también “...que la presunción de autenticidad corresponde a un documento de apariencia regular, pero no al que evidenciase vicios materiales tales que por su gravedad pueden hasta autorizar al tribunal a rechazar el instrumento sin acción previa de falsedad” (LLAMBÍAS, ob. cit., n° 1669, p. 391), y hasta algún autor afirmó que “...es nulo el instrumento público falso, o sea, aquel que adolece de falsedad material, en el sentido de sustitución de las personas interesadas (...), o que importa, lisa y llanamente, una falsificación de firma. En ese caso, no procede hablar de instrumento público ‘anulable’ aun cuando se requiera una investigación peculiar o de hecho para poner de resalto esa falsedad, y menos cabe que el instrumento público (...), goce de la prescripción purificadora del art. 4030, o de la prevista en el art. 4023, si no se quiere llegar a un resultado absurdo

e inadmisibles” (SPOTA, ob. cit., n° 2042, ps. 245/246); luego, baste solamente con echar una mirada a las copias certificadas de las actuaciones comprometidas (cfr. fs. 54, 55, 62 y 66 de la IPP 732-09 cit.; ídem fs. 71, 72, 78 y 82 de la IPP cit.) y especialmente las fotografías de fs. 728/730 del expediente principal (incorporadas por lectura, cfr. fs. 2069vta. del ppal.), sin dejar de confrontarlas con las declaraciones que los involucrados hicieron en el debate (cfr. fs. 34vta. y ss. del presente legajo), para darse cuenta de lo que venimos hablando, tan evidentes son los borrones y sobreescritos que se notan en las fotocopias. En este mismo orden de ideas, no puedo dejar de notar que el acta de fs. 115 de la IPP cit. (íd. copia de fs. 10), en la que se documenta el origen del supuesto procedimiento de aprehensión, no contiene la firma de ningún testigo de actuación ni de la constancia que justifique ese actuar, en franca oposición a lo dispuesto por los arts. 117, 118 y 119 del CPP, en función de lo normado por el art. 986 del Cód. Civ.; y, si la mira detenidamente también hay algo borrado.

En conclusión, los motivos señalados hacen imperioso el hecho de que se proceda a juzgar abiertamente el contenido de las actuaciones labradas en la Comisaría de J. C. P., precisamente lo que hiciera el Tribunal de grado; siempre partiendo –repite una vez más- de que la acción de falsedad fue efectivamente iniciada (cfr. IPP 732-09 cit.) y que, conforme las razones indicadas precedentemente, ello deviene suficiente para examinar los instrumentos contenidos en las actuaciones referenciadas. Además está decir que, con este proceder, no se viola la garantía que prohíbe la autoincriminación, ni la que proscribe sustraer el conflicto de los jueces naturales de la causa, como tampoco existe un doble juzgamiento, en la medida que aquí no está juzgando el hipotético delito de falsedad ni a sus



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

supuestos autores, sino que se está sometiendo al juicio de la sana crítica el valor de aquellas actuaciones; por otro lado, el principio de “máxima taxatividad legal” que se invoca, nada tiene que ver con todo esto.

Desde la perspectiva señalada, debo afirmar que el análisis efectuado por el *a quo* resulta acertado, pleno y ajustado al sistema de valoración probatoria que impera en nuestro campo (art. 210 y 373, CPP). Veamos.

Inicialmente, se destacó que el imputado “...en su primera declaración prestada a tenor de lo normado por el artículo 308 del ritual (confr. fs. 156/158) refirió que[] no participó en este hecho. Que el P. ... involucrado no era del deponente. Que pedía lo antes posible un reconocimiento en rueda de personas para demostrar su inocencia. Que ya había estado detenido tres años injustamente y siempre salió absuelto. Que sólo se dedicaba a la compra y venta de autos” (fs. 34); y seguidamente se agregó: “Luego de esta declaración nada más surge acerca de lo que el imputado M. hizo ese día, hasta más de dos meses después de su detención (confr. fs. 499/501 y 545), cuando, superada la llamativa amnesia temporal, comenzaron a aflorar los primeros indicios de lo que sería la coartada definitiva ensayada por el imputado y su defensa” (íd. anterior). Que quede claro que no se trata de negarle al imputado el derecho a ampliar su declaración, sino, antes bien, de ponderar por qué no explico “su” versión desde un inicio.

Tras ello, comenzó la minuciosa examinación. A pesar de que a fs. 115 de la IPP nº 15-00-000732-09 del departamento judicial San Martín, luce “...un acta de procedimiento de la que surge que en la localidad de José C. Paz, a los cinco días del mes de junio de 2008, siendo las 14:55 horas, el oficial de policía E. C., secundado en la oportunidad por el oficial

de [p]olicía G. I., recorrían el centro comercial a pie y al llegar a Z. y M. J. observaron a un sujeto de sexo masculino deambulando sin rumbo fijo, por lo que le dieron la voz de alto. Que se lo identificó como F. D. M., el cual al no justificar el motivo por el cual se encontraba en la zona y carecer de documentación, fue conducido hasta el asiento de la seccional” (fs. 34vta.), los mencionados C. e I. dieron otra versión en el curso del debate (cfr. fs. 34vta.). Así, el primero “...declaró que trabajaba con el rango de oficial de policía en la comisaría de J. C. P. I., que recorría el centro comercial generalmente con la oficial V. C. y con M. C. Que el centro comercial pertenecía a la cuadrícula 3. Exhibida que le fue el acta en cuestión obrante a fs. 115, manifestó que la firma allí obrante no era la del dicente y que la otra firma tampoco era la de I. Que el dicente no efectuó dicho procedimiento. Exhibido que le fuera la fs. 15 del libro de guardia de dicha seccional manifestó que el deponente no bajó con el sr. M. Que ese renglón se notaba claramente que estaba sobreescrito. Que para bajar un aprehendido del centro comercial debían bajarlo con un móvil y el número de dicho móvil y el personal a cargo debían constar en el acta. Que jamás bajaba uno solo con un aprehendido del centro comercial. Que si era así pedían apoyo y eso debía constar en el libro. Asimismo, se le exhibió la foto de fs. 309 en la que luce el aquí imputado, y manifestó que nunca detuvo a dicha persona” (fs. 34vta. *in fine* y s.); mientras que el segundo “...refirió que prestaba funciones como disponible en la Comisaría de J. C. P. 1º con rango de oficial de policía. Exhibida que le fue el acta de procedimiento en cuestión, expresó que la firma que allí lucía no era del dicente. Que ese procedimiento no fue efectuado por el deponente. Exhibida desde la fs. 9 (de fecha 5/6/08) del libro de guardia de la seccional en la que laboraba, manifestó que ese día el deponente figuraba como disponible (fs. 12 y 13).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

Que a fs. 13 se asentó que el deponente sal[ió] en móvil con el oficial L. e I. a cubrir el sector I a las 9:00 horas. Que a las 12:40 horas (fs. 14) bajó al relevo de móvil y de personal. Que a las 12:45 horas salió con el sargento G. a cubrir sector II. Que ninguna de estas dos zonas correspondían al centro comercial, estaban un poco más alejadas. A fs. 15 hay un conste a las 14:40 que bajaron a comisaría por un desperfecto en el móvil. Que a las 14:50 con otro móvil salieron a cubrir el mismo sector. Que a las 15:22 (fs. 16) bajaron con un ciudadano, C. Z., y una moto a la comisar[i]a. Que en virtud de todo ello ese día el dicente nunca estuvo en el centro comercial con C. Manifestó asimismo, que a fs. 15, a las 15:00 horas, encima de donde decía sector II, estaba remarcado. Que ese día el dicente no recorrió el centro comercial. Por último, exhibida que le fue la foto obrante a fs. 309, en la que luce el aquí imputado M., manifestó que no recordaba haber detenido alguna vez a esa persona (fs. 35/vta.). Antes de continuar unas aclaraciones en respuesta a la defensa. Aparentemente sería cierto lo que sostiene la defensa a fs. 74vta. del legajo acumulado (cfr. acta de debate, fs. 5vta. del presente), aunque para el caso es prácticamente lo mismo dado que la expresión “no recordar” obedece a la imposibilidad de negar rotundamente algo que puede haber sucedido en el pasado; téngase presente que en sus actividades diarias estos funcionarios interactúan con innumerables personas y que seguramente siempre les queda la duda de si, en algún momento, no se toparon con el encausado.

A partir de ello, el Tribunal empezó a sacar conclusiones acertadas: “De tal forma, el propio personal policial, negó la detención ese día y a esa hora del aquí encartado. Más aún, incluso los nombrados advirtieron sobre lo burdo de la falsificación efectuada en el libro de guardias y de detenidos de la seccional policial en cuestión” (fs. 35vta.); además, esto último lo

confirma al decir: “Luce a fs. 55/vta. y 56 del libro de detenidos el nombre y los datos del aquí imputado, los cuales puede advertirse, a simple vista, que fueron sobreescritos luego de haber sido borrado lo que abajo se había escrito. Idéntica maniobra, y a los mismos fines de justificar la supuesta detención de M. el día del hecho, puede apreciarse a fs. 15 del libro de guardia” (idem).

Conteste con los anteriores, fue J. L. S. quien le manifestó al Tribunal de mérito lo siguiente: “...que en el año 2008 se encontraba a cargo de la comisaría de J. C. P. 1º. Que en una oportunidad recibió un llamado que debía comunicarse con un comisario B., y éste le dijo que llamara a una fiscalía de Lomas de Zamora. Que así lo hizo, y lo consultaron por unas actuaciones que se podían haber labrado por la detención de un ciudadano. Que ese mismo día se presentaron dos suboficiales –I. y C.- y pidieron hablar con él y le manifestaron que había visto actuaciones labradas por averiguación de antecedentes donde supuestamente habían intervenido, pero que las firmas que allí estaban no eran de ellos. Que les hizo prestar declaración testimonial [...] e inició las actuaciones correspondientes en Asuntos Internos de la Policía. Que ahí determinaron que el libro de guardia y el libro de detenidos había[n] sido adulterado[s] en relación a esas actuaciones. Que habían borrado un renglón y efectuado anotaciones encima. Que el dicente prestó declaración en Asuntos Internos. Que aportó toda la documentación, fotografía de los libros y luego prestó declaración en la fiscalía de instrucción de este departamento judicial. Exhibida que le fuera la fs. 15 del libro de guardia de la seccional en cuestión, manifestó que efectivamente se constató un borrón en un asiento y que la salida del móvil a la que se refería, estaba cortada porque no surgía de la constancia el número de sector, y que ello debía figurar, al igual que el nombre del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

personal, con qué armamento y si se le di[o] chaleco antibalas. Que después se asentó la aprehensión de M. F., subrayado con azul, que era un color que no utilizaban pues generalmente lo hacían con verde o rojo. Que luego a fs. 19 había un conste de cambio de guardia y un agregado de la libertad de M., el cual también resultaba incompleto porque no se puso a disposición de qui[é]n estaba, el motivo por el cual recuperó la libertad y qui[é]n la dispuso. Que allí se encontraba su firma, y que si esas irregularidades hubiesen estado no lo hubiese firmado o lo hubiese salvado de alguna forma, motivo por el cual, las irregularidades que destacó fueron agregadas con posterioridad. Exhibido que le fue el libro de detenidos, manifestó que a fs. 56 se advertía, en relación a la detención del ciudadano M., que dicho nombre estaba escrito sobre algo borrado con anterioridad con liquid paper o similar. Que ello de haber sucedido debió haber sido salvado por el secretario de actuación, lo que no surgía” (fs. 35vta. *in fine* y ss.). Con la última parte de la declaración, téngase por refutada la afirmación que hace el recurrente a fs. 75 *in fine/vta.* del legajo acumulado.

Y, por si fuera poco, depuso en el audiencia oral A. L. J., manifestando “...que para la fecha del hecho se desempeñaba en la comisaría de J. C. P. 1º. Que a raíz de una falsificación en el libro de guardia de la seccional[,] a la deponente, quien se encontraba de licencia por maternidad, la citaron de asuntos internos para prestar declaración. Que esto era en virtud de dicha adulteración. Que la dicente manejaba el libro de guardia y de detenidos de dicha comisaría en el horario de 17 horas hasta las 9 de la mañana del siguiente día. Que cuando la llamaron de asuntos internos, notó que a fs. 19 del libro de guardia, a las 20 horas, había una irregularidad donde hizo un conste de relevo de servicio. Ello así puesto que a un costado aparecía escrita la libertad de una persona, y no era su letra y

además la dicente no hacía constar libertades de esa manera. Que esto lo decía porque la libertad de una persona tenía que ir antes o después del conste, pero nunca en el medio del mismo. Que la deponente suponía que lo agregaron ahí porque no tenían otro lugar donde ponerlo. Que además en la misma no había constancia del motivo de la libertad y ella siempre lo consignaba. Que por ejemplo a fs. 24 de dicho libro había una libertad que ella había escrito, y a fs. 26 otra, en las cuales podía verse que las anotaciones de sus libertades eran más completas. Que en relación al libro de detenidos se ponían los datos del detenido, la fecha y el motivo por el cual ingresaba y al egresar lo mismo y, además, el magistrado interviniente y eventualmente alguna observación. Que en dicho libro no se podía utilizar corrector, que de producirse un error tenía que ser salvado y dicha enmienda firmada por el titular de la dependencia o por el oficial de servicio. Que a fs. 56 de dicho libro observó una libertad a las 20 horas, en la cual la dicente se encontraba de servicio, pero esa letra no le pertenecía. Que se notaba que estaba borrado y que se había sobreescrito. Que estas irregularidades, de ambos libros, no estaban cuando la dicente se retiró de[] servicio. Que momentos previos a ser citada por asuntos internos recibió comentarios diciéndole que G. C. habría sido el que intentó falsificar su letra. Que le dijeron que F. D. M. habría ido a la comisaría con personal del servicio externo y habría pagado ciento veinte mil pesos para que figurara que ese día había ingresado a la comisaría. Que esto se lo dijo el segundo jefe D., L. A. y la teniente V. A. entre otros...” (fs. 36vta. y s.).

En contraposición a lo declarado por C., I., S. y J., depuso G. A. C. Declaró “...que para junio de 2008 se desempeñaba en la comisaría de J. C. P. como segundo jefe del gabinete criminológico y se encargaba de las tareas investigativas. Que sus superiores eran el Comisario J. L. S. y el jefe



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

del gabinete M. A. G. O. Que el 5 de junio de 2008 el dicente se encontraba en el fondo de la dependencia policial y el comisario S. lo llamó y le dijo que el oficial C. había traído demorado al sr. F. M., al que había aprehendido en el centro comercial por carecer de documentación. Que el comisario le di[o] el acta de procedimiento donde estaban C. e I. como el personal preventor. Que lo hizo firmar a C. el acta de procedimiento y también lo hizo F. M. Que el deponente fue quien hizo las actuaciones, las firmó como secretario y el comisario S. también. Que dos meses después aproximadamente, un día sábado, se hizo presente en la comisaría un abogado con una persona de apellido R. que llevaban una fotocopia de un certificado, en el que constaba que F. M. estuvo demorado en esa comisar[i]a. Que ese certificado fue entregado al segundo jefe de la comisaría, el comisario D. Que ahí comenzó a buscar las actuaciones y el dicente las encontró y se las entregó al capitán D. Que el 17 de diciembre de 2008, un d[i]a antes que lo citaran de la fiscalía, el comisario S. fue llamado por un jefe de distrito C., quien lo agredió y lo insultó manifestándole por qué habían hecho las actuaciones en esa comisaría. Que luego el nombrado C. bajó a la comisaría y ahí lo insultó [e] increpó a S. Que esto no lo vi[o] pero se lo comentaron el oficial I. y C. Que ahí se generó una especie de complot para decir que M. no estuvo en la comisaría. Que fueron apretados para negar que M. estuvo detenido en la dependencia. Que S. le dijo que lo iba a dejar sin trabajo si decía que M. había estado en esa comisaría. Que cuando declaró con anterioridad dijo que no recordaba si M. había estado detenido en la comisaría porque le pareció la forma más elegante de salir, porque tenía miedo, que no quería mentir. Que tenía miedo porque estaba amenazado por el capitán S. y tenía temor de que lo separaran de la fuerza. Que el deponente en este tema puntual, por orden del comisario S., llenó el libro de detenidos asentando el

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ingreso de F. M. Que hubo un problemita porque había un error con el horario, por lo que borró el mismo y lo dejó escrito y luego fue salvado por el Comisario S.. Que a fs. 56 del libro de detenidos, asiento 609 y 610, figuraban S. y M. respectivamente. Que eso estaba borroneado porque fue lo que le pidió expresamente el comisario. Que la persona que lo había hecho en un principio –[que] no recordaba quien era- se había confundido, y por eso el dicente lo corrigió. Que podía ser que el comisario se lo hubiese dicho el día posterior. Que había sido por un error con el horario por eso lo corrigió. Que uso líquido corrector, tipo liquid paper. A preguntas refirió que había corregido todo el renglón para que quedara más prolijo” (fs. 37vta. y ss.).

Ninguna duda albergo –dijo el magistrado preopinante que contó con la adhesión simple de sus colegas- en punto a que C. fue mendaz en su declaración (fs. 38vta.); afirmación que comparto absolutamente. Como fundamento se expuso que: “En primer lugar, esta declaración prestada por C., se contrapone con la prestada por el mismo y que luce a fs. 27 de la I.P.P. 15-00-000732-09 de la UFI nº 21 del Departamento Judicial San Martín, aportada en carácter de instrucción suplementaria. Refirió el nombrado en dicha oportunidad que no recordaba dicho procedimiento. Preguntado respecto a si las firmas del acta correspondían efectivamente a quienes participaron del procedimiento dijo que no recordaba si correspondían a ellos o no. Exhibida que le fue la fotografía de fs. 393, donde se encuentra entre otras personas el aquí imputado, refirió que no conocía a nadie de esas fotos” (fs. 38vta.; debe tener presente la defensa que los jueces jamás aludieron a que la declaración fue tomada en el marco de aquella IPP, la expresión “...y que luce a...” no significa lo que entiende la defensa en el antepenúltimo párrafo de la foja 97vta. del legajo acumulado);



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

y se añadió: “Para pretender justificar las flagrantes contradicciones en la que incurrió, el testigo durante su deposición refirió que había declarado así antes porque tenía miedo que lo echaran y le pareció la forma más elegante de salir. No creo en tales justificaciones. En primer lugar porque ninguno de los restantes testigos que declaró refirió algo acerca del supuesto complot para decir que M. no había estado detenido ese día en la comisaría, lo que echa por tierra sus solitarios dichos. Pero además, me resulta francamente inverosímil la versión e[n]sayada por el testigo, máxime teniendo en cuenta que proceder de la forma en que lo hizo era lo que justamente podía hacerlo expulsar de la fuerza al cometer, cuanto menos, el delito de falso testimonio ante una autoridad judicial” (íd.).

En consonancia con lo anterior, también se sostuvo “...que es francamente inverosímil que, de haber existido un error sólo en el horario del libro de detenidos en que figura M., el testigo haya procedido a borrar y sobrescribir todo el renglón en cuestión, conforme surge de cotejar a simple vista la fs. 55/vta. y 56 del libro de detenidos. La única explicación posible, claro est[á], es porque debía consi[gn]arse el nombre de quien nunca estuvo detenido en dicha seccional” (fs. 39); y para rematar, con excelsa brillantez se dijo: “Es que en definitiva, lo que ni M., ni C., ni la defensa puede explicar es por qué, si efectivamente M. fue detenido ese día, y luego en un maquiavélico plan se lo quiso hacer ‘desaparecer’, el nombre del imputado y demás anotaciones relativas a su aprehensión aparecen escritos en los citados libros por sobre borriones y liquid paper. Lo que debería surgir, de ser cierta tal versión de los hechos, era cualquier otro nombre y otras anotaciones escritas por sobre las borraduras y no las relativas a la detención de M., ya que éstas deberían ser las que estaban tachadas abajo” (íd.). Queda evidenciado, pues, la burda mendacidad como

la absurda argumentación que brindara el testigo referenciado.

Sin embargo, esto todavía no termina. La declaración de un tercero, civil y ajeno a la repartición policial, confirma el hilo de nuestro razonamiento. G. A. C. manifestó en el debate "...que prestaba funciones en el Hospital Mercante de José C. Paz. Que como parte de sus tareas, en ese año 2008, atendía, entre otros, personas detenidas traídas por la policía. Exhibido el certificado obrante a fs. 119/vta[.] de la I.P.P. 732/09, del que surgía la atención el día 5/6/08 del ciudadano M., manifestó que no era su firma la allí obrante y que, además, su apellido estaba mal escrito, puesto que le faltaba la 'i' final. Que tampoco era su letra la allí obrante, ni era el formato con el que el deponente hacía los precarios policiales. Que también ponía su sello con su firma y no su nombre en forma manuscrita como estaba ahí. Que cuando labraban precarios médicos de detenidos, [é]stos los llevaba la policía y a ellos les quedaba en un libro la constancia de atención de dicha persona y la firma del policía que retiró el precario. Exhibidas copias obrantes a fs. 715/717 del principal, refirió que eran las del libro de intervenciones policiales, en el que surge que el dicente ese día hizo otro precario médico, el cual s[í] tenía la letra del dicente, su sello y su firma. Que en ese libro no surgía la atención de F. M., lo cual reafirmaba que [é]l no efectuó el precario médico obrante en autos" (fs. 39/vta.). Más allá de lo que afirmara el acusado en la ampliación de su declaración (cfr. la alegación defensiva a fs. 74 del legajo acumulado), lo seguro es que a fs. 119vta. de la IPP 732-09 cit. obra un certificado de donde surge –entre otras cosas- que F. D. M. habría sido atendido por el citado galeno; aunque – como quedó demostrado- eso no fue cierto.

En definitiva, "...resulta francamente incomprensible que al 'armado de causa' perge[ñ]ado –según la defensa- por el personal preventor de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

seccional Lan[ú]s 3º, R. D. y J. A. R., al que adhiriera[] [el testigo]... P. N. F., se les sume ahora la casi totalidad del personal policial de la comisaría de José C. Paz, al negar que M. había estado detenido en la misma” (fs. 39vta.); por lo que, el Tribunal –con sumo acierto- no advirtió pautas objetivas que autorizaran a inferir que todos los nombrados se apartaron de la verdad de lo sucedido, presentando los hechos de manera distinta con el fin de imputar falsamente a alguien la comisión de un delito (cfr. fs. 39vta. *in fine* y s.).

Conforme a lo enteramente razonado en este punto, podemos afirmar que, como resultado del contradictorio y con independencia de la prueba desechada (cfr. *supra* al inicio del punto), ha quedado probada la participación de F. D. M. en el plan primigenio, es decir, en el atraco; el *in dubio pro reo* no se encuentra infringido al corroborarse la correspondencia entre la convicción subjetiva y la objetividad arrojada a partir del análisis que hiciéramos de todo el caudal probatorio. Es claro que tampoco existió, aquí, prevaricato como fue alegado por la defensa.

3) Como era de suponer, a tenor de lo que venimos afirmando, no comparto –en parte- la forma en cómo quedo definida la imputación del acusado M. (cfr. cuestión primera de la sentencia, fs. 56 y ss.).

Sí es cierto que F. D. M. estuvo en el lugar de los hechos en compañía de sus compinches (categóricos fueron la declaración y el reconocimiento de F.) y que fue visto circular, por los oficiales D. y R., en el automóvil que se empleó para el desarrollo del ilícito, lo cual demuestra que aquel formaba parte del grupo agresor cuyo designio primigenio no era otro que ejecutar un atraco; pero también lo es el hecho de que no pudo probarse que haya ingresado a la vivienda de las víctimas, más bien se demostró todo lo contrario.

Así las cosas, el hecho de que M. estuviera presente en el lugar de los hechos, en compañía de quienes ulteriormente ingresarían a la vivienda elegida y se apoderarían ilegítimamente de los objetos pertenecientes a sus moradores, que haya permanecido allí cuando el plan ya había comenzado a ejecutarse (recuérdese que cuando F. pasa con su camioneta ve que los sujetos estaban “charlando” con la víctima R.) y que sea aquél la misma persona que fue sorprendida conduciendo el automóvil con el que se arribó al lugar de los hechos, son datos que permiten imputarle a M. la coautoría en el delito contra la propiedad. Por un lado, porque resulta evidente que fue co-titular de la decisión común al hecho y, por el otro, porque se comprometió a la prestación de un aporte de carácter esencial para el éxito de la empresa criminal; de manera que, si partimos del hecho que el grupo contaba con un automóvil, que M. permanecería afuera de la finca mientras sus compinches lograrían ingresar a la misma para ejecutar -mediante el uso de violencia física- el apoderamiento planeado, no cabe otra que atribuirle el rol de conductor o, cuanto menos, el de campana.

Por lo demás el tribunal no tuvo por acreditada la circunstancia que el grupo en cuestión se caracterizaba por el “modus operandi” al tratar el tema como agravante, lo que me lleva a concluir que M. no tuvo necesariamente que representarse el desenlace fatal, por lo que no se lo puede reprochar ni aún a título de culpa.

Claro que sigue siendo discutida la trascendencia de acciones tales como la de conducir el auto utilizado para viajar hasta el lugar del hecho o para huir, o el estar de campana (cfr. STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal. Parte General I*, 4ª edición totalmente reelaborada, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, 1ª reimp., hammurabi, Bs. As., 2008, § 12, nm. 91, p. 403). Es obvio que hay una zona límite que se



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

sustraer a la generalización y debe ser definida en el caso concreto, “...partiendo de una contemplación *ex ante* de la contribución a la comisión del delito, [se] juzga a través de un acto de comprensión de sentido el carácter de la aportación” (véanse las consideraciones *in extenso* de c. 54.738). No es lo mismo el asalto a un banco, cuyo éxito depende de la rápida huída, que un hurto con fractura cometido durante la noche (cfr. STRATENWERTH, ob. cit., § 12, nm. 94, p. 404), por ejemplo. Pero también depende de las circunstancias específicas del caso determinar cuán esencial era un puesto de campana para el éxito de la actividad mancomunada, de allí que esta Sala haya suscripto (cfr. c. 57.398 y su acumulada 57.400) la tesis que afirma que “...es coautor el que se queda vigilando si la ejecución del hecho exigía un puesto así, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo forma de división del trabajo. Por el contrario, sólo se da participación si, por ejemplo, una banda de atracadores lleva consigo por primera vez a un ‘aprendiz’ a fin de irle fogueando en el ejercicio de la ‘profesión’ y lo deja vigilando en un lugar poco importante, pues aquí la realización del plan no depende de su aportación al hecho. Los demás podrían actuar sin él, y lo harían, mientras que no se atreverían a hacerlo si no quedara alguien vigilando en un lugar en que les amenaza un peligro serio. Así pues, que el quedarse vigilando fundamente coautoría o no depende de las circunstancias del caso concreto y requiere una solución judicial individual” (ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de la 7ma. ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, § 27, III, p. 313; igualmente, STRATENWERTH, ob. cit., § 12, nm. 94).

En el caso, la función asumida por F. D. M. resultó, desde una

perspectiva *ex ante* y de conformidad al plan ideado (cfr. c. 54.738), esencial y determinante para el logro del objetivo criminal. Piénsese que el ilícito fue ejecutado a plena luz del día (16:15 hs.), lo que implicaba correr ciertos riesgos de ser descubiertos, y que, en principio, todo indicaba que un engaño y unos pocos golpes iban a ser suficientes para el logro del designio propuesto, de allí que era necesario que alguien permaneciera afuera de la vivienda cerciorándose que, nada ni nadie, frustraría el objetivo pactado y que, una vez que estuviera culminado, aseguraría también el escape; de hecho, el ilícito se consumó y los agresores pudieron escapar con los objetos sustraídos.

Empero, las circunstancias marcadas, impiden cargar a la cuenta de M. el homicidio ocurrido, so pena de tergiversar el principio de culpabilidad. Si el grupo no llevaba armas de ninguna especie, si el acusado de autos no ingresó a la morada y si, por ese mismo motivo, no pudo saber qué acontecida allí dentro, escapa a toda racionalidad pretender atribuirle que aquel *asumió* ese desenlace fatal acontecido, especialmente si se considera que la forma en la que se produjo la muerte (estrangulamiento) permite pensar que todo se debió a una reacción súbita –aunque aprobada por V. Y.- y no planeada de antemano. No encuentro ninguna *regla* que justifique esa imputación que pesa sobre M., sobretodo porque él permaneció ajeno a este tramo del hecho y, por ello, nadie podría adjudicarle a quien, al tiempo de complotarse para ejecutar un robo que se realizaría sin utilizar armas y en el que los sujetos pasivos serían dos pobres ancianos impedidos de repeler la agresión sufrida, que, eventualmente y dado el caso, *consentiría o aprobaría* –en términos normativos- que se le quite la vida a cualquiera de ellos; máxime porque no existió en el desarrollo del *iter criminis* –por lo menos para M.- una desviación inesperada del curso planeado que nos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

lleve a sostener que las cosas se podrían haber reconfigurado. En otras palabras, para M., la muerte ocurrida fue algo inesperado y nadie en su sano juicio podría atribuirle que aceptaba de antemano que ello podía suceder, ni tampoco le incumbía presuponerlo a tenor de las circunstancias concomitantes que rodearon el hecho y su planificación.

Estamos, entonces, ante un exceso consciente del coautor que no puede imputársele subjetivamente a M., "...puesto que quien va más allá de lo acordado sin que los demás 'cooperen' se desliga de la dependencia funcional" (ROXIN, ob. cit., § 27, IV, 1, b, p. 317; al respecto existe unanimidad, cfr. WESSELS, Johannes, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de la 6ª ed. alemana de 1976 por Conrado A. Finzi, Depalma, Bs. As., 1980, p. 158; MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl y ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, t. 2, trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch, supervisada por Edgardo A. Donna, Astrea, Bs. As., 1995, § 49, II, C, nm. 58; STRATENWERTH, ob. cit., § 12, nm. 85; JESCHECK, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed. renovada y ampliada, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, § 63, I, 3, c, p. 729; entre muchos otros).

En síntesis, F. D. M. debe responder como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (arts. 45 y 167, inc. 2º, del Cód. Pen.), tal como subsidiariamente peticionara el recurrente. Se verifica la realización perfecta del tipo pues, como dijimos al tiempo de tratar el recurso de la coimputada, el apoderamiento ilegítimo se consumó a partir de que los objetos fueron sustraídos de la esfera de custodia de sus propietarios. Por otra parte, es dable precisar que no se configura en el caso el desistimiento liberador del art. 43 del CP, en tanto que no existe ningún dato que autorice a imaginar

una hipótesis como la planteada (cfr. fs. 95vta. y fs. 100vta. del legajo acumulado), justamente porque ello no fue siquiera parte de la versión de descargo brindada por el imputado; aún así, y pese a que nuestro código, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones (cfr. *StGB*, § 24, 2; Cód. Pen. español, art. 16, inc. 3º), no contiene reglas específicas para esta constelación de casos, cabría decir que el coautor debe desandar el camino y evitar la consumación o, al menos, le es exigible un esfuerzo serio y decidido por evitarla, no bastándole si tan sólo retira su aporte.

4) Atento el cambio de calificación propuesto, correspondería de oficio casar la agravante fundada en la pluralidad de intervinientes (cfr. cuestión quinta del veredicto, primer párrafo), de lo contrario estaríamos menoscabando la llamada “prohibición de la doble valoración”, en tanto que aquella circunstancia ya fue tenida en cuenta por el respectivo tipo penal (art. 167, inc. 2º, CP) para calificar el disvalor de la conducta prohibida.

Por todo lo expuesto, y habiendo tomado conocimiento de *visu* del sujeto acusado en la audiencia celebrada con fecha 23 de mayo del corriente (cfr. fs. 174/177), deviene necesario que esta Sede readeque la pena impuesta al sólo efecto de evitar extender el plazo de duración del proceso. Previo a ello, quiero dejar en claro que todas las circunstancias que enumera el recurrente a fs. 99vta. del legajo acumulado, no serán tenidas en cuenta para el juicio de mensuración, en tanto que no fueron invocadas oportunamente ante el Tribunal de mérito (cfr. acta de debate, fs. 17vta. y ss.; en este sentido, véase lo dicho en c. 54.864).

Partiendo de que el marco punitivo legal suministra una escala de gravedad dentro de la cual hay que clasificar cada caso concreto en función de sus especialidades y que, de acuerdo con ello, la pena legal máxima permanece para las manifestaciones más graves del delito, mientras que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

mínima queda reservada para los casos más leves (cfr. JESCHECK/WEIGEND, ob. cit., § 82, II, 4, p. 942), considero adecuado, sobre la base del contenido de injusto y de culpabilidad, ingresar por su término medio (6 años y 6 meses). A partir de allí, añadiré 1 año por cada una de las agravantes que siguen en pie (“la modalidad del hecho” expresada a través de la circunstancia de que “...las víctimas [eran] personas de avanzada edad” lo que generó “...una mayor indefensión en éstas...” y “...la violencia innecesaria desplegada sobre la sra. R..., las cuales le causaron lesiones leves...”; cfr. cuestión quinta del veredicto, fs. 54vta. *in fine* y s.) y que no fueron discutidas por la defensa, pero restaré únicamente 6 meses por la única atenuante ponderada (“...carencia de antecedentes condenatorios...”; cfr. cuestión cuarta del veredicto, fs. 54vta.) pues no me parece que “un pasado libre de delitos”, cuyo significado no es otro que el cumplimiento de los imperativos normativos, tenga una incidencia mayor a la apuntada. En conclusión, estoy convencido que ocho (8) años de prisión es la medida exacta que corresponde aplicar en el caso (arts. 40 y 41, CP).

γ. Síntesis final

De acuerdo a lo enteramente razonado en los puntos “α” y “β”, propongo a mi colega: I) Rechazar el recurso de casación deducido en favor de V. Y. y que luce a fs. 64/125 de este legajo; sin costas en la instancia (art. 531, CPP); y, II) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 67/101 del legajo acumulado nº 57.889, por errónea aplicación del artículo 165 del Código Penal, recalificar el suceso respecto de F. D. M. como constitutivo del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (arts. 45 y 167, inc. 2º, del Cód. Pen.), descartar de oficio la agravante referida a la pluralidad de intervinientes y,

consecuentemente, reducir la pena impuesta al nombrado a ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas; sin costas en la instancia, en orden al resultado parcialmente favorable (art. 531, CPP).

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Ordoqui.

En lo que respecta al cambio de calificación propuesto a favor del acusado F. D. M. debo señalar que habiendo permanecido en las inmediaciones de la vivienda a la que ingresaron sus compañeros mientras se cometía el desapoderamiento, resulta acertado que deba responder como coautor del delito contra la propiedad. En esa línea entiendo que no debe responder por el homicidio pues, conforme la prueba reunida, su aporte se limitó a intervenir en un robo cometido sin armas de ningún tipo y al no haber ingresado a la vivienda no puede responsabilizársele por las conductas cometidas allí dentro no acordadas previamente.

Por otro lado debo aclarar que si bien el tribunal a quo cuando decidió aplicar el art. 165 del C.P. citó un precedente de la Sala II de este Tribunal donde me referí a la interpretación de la norma en cuestión, el supuesto decidido en aquella oportunidad se trataba de un homicidio cometido en el contexto de un robo donde los dos coimputados habían acordado cometerlo utilizando armas de fuego (causa 4116, sentencia del 27 de diciembre de 2001, Registro 1040 Sala II) y en nada se relaciona con el presente donde, conforme la prueba reunida, el acuerdo prestado por M. fue para realizar un robo con la violencia propia de ese delito y no existe prueba que permita suponer o inferir que haya existido otro tipo de acuerdo.

Así lo voto.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA V

A la **segunda cuestión** planteada el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

Atento al resultado arrojado por la cuestión precedente, corresponde:

I) Rechazar el recurso de casación deducido en favor de V. Y. y que luce a fs. 64/125 de este legajo; sin costas en la instancia (art. 531, CPP); y, II) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 67/101 del legajo acumulado nº 57.889, por errónea aplicación del artículo 165 del Código Penal, recalificar el suceso respecto de F. D. M. como constitutivo del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (arts. 45 y 167, inc. 2º, del Cód. Pen.), descartar de oficio la agravante referida a la pluralidad de intervinientes y, consecuentemente, reducir la pena impuesta al nombrado a ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas; sin costas en la instancia, en orden al resultado parcialmente favorable (art. 531, CPP).

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal

R E S U E L V E

I. Rechazar el recurso de casación deducido en favor de V. Y. y que luce a fs. 64/125 de este legajo; sin costas en la instancia (art. 531,

CPP).

II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto a fs. 67/101 del legajo acumulado nº 57.889, por errónea aplicación del artículo 165 del Código Penal, recalificar el suceso respecto de F. D. M. como constitutivo del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (arts. 45 y 167, inc. 2º, del Cód. Pen.), descartar de oficio la agravante referida a la pluralidad de intervinientes y, consecuentemente, reducir la pena impuesta al nombrado a ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas; sin costas en la instancia, en orden al resultado parcialmente favorable (art. 531, CPP).

III. Ténganse presentes las reservas del caso federal efectuadas a fs. 122vta. de este legajo y a fs. 101 del acumulado nº 57.889 (art. 14, ley 48).

Arts. 8, nº 2, *h*, de la CADH; 14, nº 5, del PIDCP; 18 y 75 inc. 22 de la CN; 40, 41, 45, 165 y 167, inc. 2º, del CP; 979, 986, 988, 989, 993, 994, 995, 1012, 1044, 1047 cit. y cc. del CC; 1, 101, 117, 118, 119, 209, 210, 240, 275, 373, 429, 448, 449, 451, 530, 531, cit. y cc. del CPP; 25 y 40 de la ley 12.061; 10 y 12 de la ley 13.274.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FDO.: MARTIN MANUEL ORDOQUI – JORGE HUGO CELESIA

Ante mí: Virginia Fontanarrosa