

GRIEVE, Jonathan Ramon David - Homicidio simple y SOSA, Brian Hernan - Homicidio en grado de tentativa S/ RECURSO DE CASACION" - Legajo: N° 604/16
SENTENCIA N° 286

En la Ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los quince días del mes de agosto de dos mil dieciocho, se reunieron los Sres. Vocales de la Cámara de Casación de Paraná, Dres. MARCELA BADANO, GUSTAVO PIMENTEL y ALEJANDRO GRIPPO, a los fines de deliberar y dictar sentencia en la causa caratulada "GRIEVE, Jonathan Ramon David - Homicidio simple y SOSA, Brian Hernan - Homicidio en grado de tentativa S/ RECURSO DE CASACION" - Legajo: N° 604/16.

Habiendo sido oportunamente realizado el sorteo de ley, resultó que los vocales debían emitir su voto en el siguiente orden: Dres. BADANO, PIMENTEL y GRIPPO.

La Sra. Vocal, Dra. MARCELA BADANO dijo:

I- Por sentencia obrante a fs. 88/119, emanada del Tribunal de Juicios y Apelaciones de Concordia (integrado en la oportunidad por los Dres. Edwin I. Bastian, Jorge A. Barbagelata Xavier y Pablo Garrera Allende), se resolvió ABSOLVER DE CULPA Y CARGO a JONATHAN RAMON DAVID GRIEVE por el delito de HOMICIDIO -arts. 79 y 45 del C.P.- y ABSOLVER DE CULPA Y CARGO a BRIAN HERNAN SOSA por el delito de HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA -arts.79 y 42 del C.P.-.

II- Se había imputado al encartado Grieve, la comisión del siguiente hecho: "JONHATAN RAMON DAVID GRIEVE mato a Alexis Javier Irrazabal arrojándole un trozo de cemento de gran tamaño en la cabeza. El hecho ocurrió el día 21 de noviembre de 2013 siendo aproximadamente las 23,00 horas conducía una motocicleta por calle D´Angelo entre Avda. 25 de Marzo y calle Los Claveles de esta ciudad de Federación (E.R.) en dirección sur-norte, acompañado por Marcelo Nahuel Montenegro, momento en que fue sorprendido por GRIEVE quien le arroja un trozo de cemento de gran tamaño que impacta en la cabeza de Irrazabal, causándole lesiones de carácter grave en el cráneo, que a la postre le causaron la muerte, la que ocurrió en fecha 22 de noviembre de 2013 siendo las 15,10 horas aproximadamente en el Hospital "Delicia Concepción Masvernat" de la ciudad de Concordia (E.R.), nosocomio donde Irrazabal se encontraba internado".

El hecho imputado a Sosa, por su parte, es el siguiente: "El día 21 de noviembre de 2013 siendo aproximadamente las 23,00 horas BRIAN HERNAN SOSA intento dar muerte a Marcelo Nahuel Montenegro, no consumándose la muerte de éste por razones ajenas a la voluntad de SOSA. El hecho ocurrió en circunstancias en que Marcelo Nahuel Montenegro acompañaba a Alexis Javier Irrazabal, quien conducía una motocicleta por calle D´Angelo entre Avda. 25 de Marzo y calle Los Claveles de esta ciudad de Federación (E.R.), en dirección sur-norte, momento en que fue sorprendido por SOSA quien le arroja una piedra de gran tamaño que impacta en la zona del cuello de Montenegro, cayendo éste de la motocicleta, resultando con heridas de carácter grave, con riesgo de vida para Montenegro".- Por la sentencia recaída, recurrió en Casación el Dr. Francisco Rafael Ledesma, Representante del Ministerio Público Fiscal (cfr. fs 124/148).

III- En la audiencia fijada oportunamente, intervinieron por el Ministerio Pupilar, la Dra. Lucrecia Sabella, y por el Ministerio Público Fiscal, la Dra. María Josefina Penon Busaniche.

IV- a) En su escrito recursivo, el Fiscal, Dr. Ledesma adujo que el fallo ha incurrido en vicios "in procedendo", por defecto de logicidad derivado de argumentación incompleta, contradictoria y aparente. Entendió que el fallo atacado se encuentra prácticamente descubierto de conclusiones derivadas de razonamientos lógicos, desatendiendo en ellos las pruebas existentes, realizados contra la sana crítica racional.

El Tribunal tuvo por acreditada la materialidad de los hechos, tal como lo ha sostenido la Fiscalía, mas no ocurrió lo mismo con respecto a la autoría. Se incurrió en una incongruencia procesal al analizar la testimonial de Jorge Grieve, desatendiendo la que prestara en la Unidad Fiscal de Federación. El tribunal admitió la incorporación de dicha testimonial como prueba, pero a renglón seguido dijo arbitrariamente que no valoraría más que la rendida en el plenario. El Tribunal da por ciertos los dichos de Grieve por encima de los de los demás testigos y los indicados por la Fiscalía.

El tribunal no tiene en cuenta que el testigo Jorge Ariel Grieve alias "Coque", es primo lejano de los imputados Grieve y Sosa, que tiene relación con la familia, que no puede ser dejada de lado la cuestión referida por la Fiscalía de que en el juicio anterior el testigo fue reticente, que manifestó previo al debate que no quería declarar contra familiares, que tenía miedo y temía por su integridad física, que además se iría de la ciudad para no declarar -cosa que ocurrió-, y que incluso el Tribunal tuvo que librar orden de captura y detención, no siendo hallado oportunamente en esa oportunidad.

El juzgador ha omitido ciertas conclusiones que surgen con claridad, o les ha negado entidad suficiente, realizando una valoración beneficiando a la parte defensora, tomando como ciertos dichos de un testigo (Jorge Grieve) en contra de lo declarado por otros (Cañete, Salazar, Montenegro, Stivanello, entre otros), dándole relevancia superlativa a los dichos de ese testigo y propiciando el beneficio de la duda sobre los encartados de manera notoria, dejando caer o restándole importancia a otros datos objetivos, evidencias objetivas o a declaraciones de otros testigos, obviando tratar temas propuestos y conducentes, lo que fulmina de nulidad el acto procesal de la sentencia absolutoria definitiva.

Montenegro, una de las víctimas, realiza un reconocimiento espontáneo del imputado Jonathan Grieve, cuando se le pregunta sobre el hecho. Luego de indicar que miró hacia la guardia del Hospital San José de Federación, dijo que vio a Rigoni que decía "mátenlo", y ahí el testigo indicó directamente al imputado Grieve, que cuando miró vió la cara de él, señalando con el dedo a Grieve, diciendo que el que mató a su amigo Javier Irrazabal era él, señalándolo y diciendo que no tenía dudas que fue él, que lo conocía de antes, de vista, y que vio su rostro encima de la moto, muy próximo. Que sabe que le tiró una piedra a su amigo Irrazabal y le pegó porque sintió el movimiento de la moto. Y que luego le pegaron a él con una piedra.

Solicitó se haga lugar al recurso y se anule la sentencia absolutoria dictada.

IV- b) En la misma línea, en la audiencia celebrada en esta instancia, la Fiscal, Dra. Penón Busaniche afirmó que mantenía el recurso contra la sentencia

absolutoria. Se explayó sobre los defectos de logicidad, observando un apartamiento del Tribunal de las reglas de la sana crítica. El recurso es admisible, dijo, es contra una sentencia absolutoria definitiva, ha incurrido en violación a la adecuada fundamentación, selección y valoración de la prueba. Da lectura al hecho por el que están acusados los imputados. Los jóvenes víctimas fueron sorprendidos por Grieve, quien le arroja la piedra a Irrazabal, que luego le produjo la muerte. Respecto de Sosa, se le atribuye haber intentado darle muerte a Montenegro, quien acompañaba a Irrazabal en la moto, y que también resultó lesionado en el cuello por una piedra, poniendo en riesgo su vida.

El primer agravio que expresa la Fiscalía es la incongruencia procesal del Tribunal, en la valoración del testimonio de Grieve. Falta la valoración integral, durante el debate, cuando se presenta Grieve a declarar, la Fiscalía solicita, ante evidentes contradicciones, exhibirle al testigo el documento -acta- de declaración del testigo en Fiscalía; ante la oposición de la Defensa, el Tribunal resuelve receptar la incorporación de la prueba, porque fue ofrecida en su momento, tenía 16 años al momento de tomársele esa declaración, se le dio noticia de toda la normativa y declaró y firmó el acta. La declaración fue conforme a los artículos vigentes, por eso permite que se incorpore la documental como prueba en el debate. Luego, en la sentencia, dice que no la va a valorar, que sólo va a ponderar la prestada en debate. Es una arbitrariedad del Tribunal, no tiene sentido incorporarla como prueba si luego se dice que no se la va a valorar. Hubiera sido adecuado un confronte más amplio con los restantes elementos de prueba.

Se advierte la incongruencia procesal sobre las distintas declaraciones de Grieve, porque luego el Tribunal, respecto a esa documental admitida, dice que no la va a tener en cuenta porque advierte que ha sido obtenida sin previo control de la parte contraria, según lo que dijo el testigo en debate, que se lo llevó esposado a Fiscalía, se lo obligó a declarar y a firmar algo que desconocía.

En el primer debate, ya había sido reticente en ir a declarar, no quiso declarar contra sus familiares, tuvo presiones de su padrastro y su madre, incluso en la misma declaración de la IPP manifiesta que tiene temor, y solicita protección y preservación de su identidad. No quiso presentarse a declarar, lo manifestó y así ocurrió, no se lo pudo localizar para que declare en el primer juicio. De ninguna manera se dieron las circunstancias que manifestó Grieve, no fue llevado por funcionarios policiales esposado a la Fiscalía para declarar. Fue ella quien le tomó la declaración, él manifestó su intención de declarar, y prestó declaración fijando la plataforma fáctica y permitiendo a la Fiscalía la investigación.

El Tribunal le da crédito a lo dicho en el debate por sobre los restantes testigos y funcionarios, se dijo que se mostró sereno al declarar, lo que es lógico porque tuvo tiempo de prepararse. Fue incluso acompañado de su madre y padrastro, que lo presionaban. Ante las contradicciones, la Fiscalía solicitó remisión de constancias por Falso testimonio, el Tribunal no resuelve sobre ello, en los considerandos dice que no debería hacerse lugar a ello en virtud del análisis del testimonio, y que si incurrió en ello, fue al declarar en Fiscalía. No resulta un fundamento serio, y para el caso que se considere que el falso testimonio se consumó en Fiscalía, le da credibilidad a sus dichos en juicio, y se entiende que la Fiscalía cometió un delito, eso el Tribunal parece pasarlo por alto.

En la autoría, le da total credibilidad a los dichos de Grieve, que dijo que no vio el hecho, que sólo vio la moto, que vio cuando cayeron, y que a los imputados los vio pero adentro del hospital. Esta declaración prestada en debate, se contradice con los dichos de Salazar, que dijo que vio a Grieve tomar una piedra, y dirigirse a calle Dangelo, por donde venían las víctimas, vio los momentos previos. Cañete dijo que vio al que tiró la piedra, al conductor de la moto, y que arrojan la piedra del lado izquierdo, que los agresores estaban ubicados cerca de la rampa de ingreso al hospital. Dijo que el que tiró la piedra era flaco y bajo. Sánchez dijo que los vio volar, y está también la declaración de Montenegro, lo escuchó a Cachola decir "matenlos", señaló a Grieve, que lo conoce de antes, y que no tiene dudas de que fue él quien le tiró la piedra a Irrazabal, que luego cayeron de la moto. El Tribunal no hace referencia a que el testigo Grieve es primo del imputado, tiene vínculos con la familia, el mismo fue reticente en el momento del primer juicio, de no querer ir a declarar, que tenía miedo, que temía por su integridad, que se iba a ir de la ciudad, lo que hizo. Es claro que el testigo Grieve se sintió presionado y con temor, fue al debate preparado y mintió. No se sabe qué valor se le da, es una declaración subjetiva, de un familiar, no se sabe por qué son insuficientes o no creíbles los restantes elementos probatorios.

El segundo agravio, es la arbitrariedad por falta de motivación seria y fundamentación suficiente. La sentencia resulta arbitraria, de la valoración conjunta, conforme a los principios de la sana crítica racional, se observa claramente que se han omitido conclusiones que surgen con claridad, se genera un manto de dudas que no tiene asidero, sólo considerando los dichos de Grieve, dándoles una importancia superlativa por sobre el resto de la prueba. Se omitió valorar integralmente los testimonios de Zalazar, Cañete, Montenegro, el médico y lo dicho por Grieve en fiscalía. Los dichos son complementarios, los hechos fueron referidos por diferentes testigos, y los refieren en diferentes momentos, algunos vieron distintos tramos de los mismos y desde distintos ángulos. Montenegro pudo contar los hechos a su modo, no se tuvo en cuenta ponderar los dichos del testigo Grieve con los rastros de fricción constatados por el médico forense en la mano de Sosa.

El Tribunal tuvo por probada la materialidad del hecho. Montenegro quedó con graves secuelas, con problemas neurológicos, su recuperación llevó dos años, y su muerte no ocurrió por causas ajenas a los encartados. La agresión en principio no estaba dirigida a estas personas sino a otras, pero la intención estaba.

El tercer agravio es la falta de valoración de testigos, sobre todo los dichos de Montenegro. Fue víctima de la causa, sufrió lesiones graves. En el debate, el médico forense explicó el seguimiento que hizo con Montenegro, explicó su cuadro, que tuvo problemas de adaptación social, explicó cómo fue recuperando la memoria, el paciente le refería que veía esas imágenes, concluyendo que no fue inducido. Tuvo problemas de visión, pero pudo explicarse, estaba en condiciones de declarar. Al valorar su declaración, el Tribunal no advirtió intención de venganza, por lo que juzgó sus dichos como veraces. Se trata de una persona que ha sufrido un daño gravísimo, y que ha realizado un proceso muy lento de recuperación de memoria. Estuvo en peligro de vida, hoy tiene pocas secuelas, declaró tres años después del hecho. Es un testigo presencial y víctima, el tribunal

analizó que no pudo indicar la conducta de Grieve. Qué más se le puede pedir, se está exigiendo demasiado.

Montenegro pudo explicar el hecho en su integridad, el Tribunal no confronta sus dichos con la restante prueba. Reconoció espontáneamente al imputado Grieve, dice que vio la cara de Grieve, no tiene dudas que lo vio a él, que le vio la cara cerca de la moto, que sabe que lo mató al amigo pero no sabe quién le tiró la piedra a él. Los agresores estaban próximos a la escalera, Montenegro dice que lo vio a Cachola y que la agresión fue cerca de la rampa, que había un poste de luz, se ve en la foto, coincide con los dichos de Cañete. Habla del auto cerca del cual se encontró la piedra. Pese a todos estos dichos, el Tribunal necesitaba más detalles sobre el lugar y las conductas. Resultó objetivo, porque que podría haber indicado a Sosa como su agresor, y no lo hizo, a pesar de estar presente en el juicio al declarar. La ubicación puede haber variado por lo traumático del momento, Montenegro recordó la vestimenta que llevaba él y su amigo. El Tribunal no realiza una correcta interpretación de los dichos, lo toma como único testigo presencial cuando no es así, no confronta con el resto. Montenegro antes no pudo declarar, ahora sí lo hizo.

También falta la valoración de los testimonios de Zalazar y Cañete. La primera dijo que observó cuando el imputado tomó una piedra, y la arrojó, después vio a las víctimas golpeadas. A Cañete, el Tribunal le da crédito a sus dichos, que la piedra golpea a Irrazabal, vio la acción realizada por el agresor. Dice desde dónde vio todo, el agresor era flaco y bajo. No vio al agresor, pero cuando se acercó a las víctimas escuchó que fueron los Grieve, y que la gente misma decía que se equivocaron de personas, que uno se tomaba la cabeza. El Tribunal expresa que Cañete fue sincera, pero encuentra contradicciones con lo declarado por Montenegro y Grieve. Montenegro, según el Tribunal, no habla de qué actividad desplegó Grieve, ni que lo vio arrojando una piedra. Para la Fiscalía, Montenegro fue claro. La ubicación del agresor, la corroboran los testigos, el movimiento y la rapidez del hecho puede haber confundido a Montenegro sobre el lugar donde estaba Grieve. No se tuvo en cuenta la situación de Montenegro. Las declaraciones no se contradicen, no se descartan, se complementan.

El cuarto agravio es la reserva por la no incorporación de nuevos testigos. Fue un hecho nuevo porque lo introduce el hermano de la víctima, el Tribunal no lo admite porque no es preciso sobre qué pueden aportar los testigos en relación al hecho. Si bien no se explayó con detalles, sí hizo referencia a que Depretto fue quien estuvo en un primer momento con el testigo Grieve y que lo acompañó a declarar. Es de suma importancia, porque puede echar por tierra lo dicho por Grieve sobre las circunstancias de su declaración.

Solicitó que se anule la resolución, dictando una nueva sentencia condenando a Grieve por 16 años y la declaración de responsabilidad para Sosa.

Subsidiariamente, se ordene dictar nueva sentencia con nueva integración del Tribunal.

IV- c) A su turno, la Dra. Sabella manifestó, en representación de Sosa, que de una exhaustiva lectura de todo lo ocurrido en el expediente, tanto de la primera sentencia, como de la anulación y la segunda sentencia, luce clara, contundente, cierta la sentencia, por lo que el recurso de la Fiscalía debió ser inadmisibles, porque más allá de la separación de agravios, en realidad es uno solo, por

arbitrariedad en valoración de la prueba. El Tribunal respondió a todos los planteos de las partes, más allá de tener por cierto que no deben tenerse en cuenta todas y cada una de las pruebas, sí deben considerarse las cuestiones trascendentes. Dentro de este nuevo juicio, todas esas cuestiones trascendentes y conducentes, fueron tratadas específicamente por el juzgador.

La Fiscalía se agravia porque no se consideraron los dichos de Grieve en la IPP, el Tribunal es claro cuando se refiere a él, hace una alocución sobre el juicio acusatorio, donde lo que interesa es lo que se diga en el plenario, esto se decía aún con el sistema mixto, llama la atención que la Fiscalía se haya olvidado aquí del principio de inmediación que otras veces tanto utilizan, pero Bastian explica que estamos en un sistema adversarial, si bien el nuevo código autoriza la incorporación, son excepcionales, pero en este caso se autorizó solo para refrescar la memoria, lo que evidentemente se hizo, porque allí es donde surgen las contradicciones. Se tiene en cuenta ello, el fundamento del Tribunal es valedero, más allá de que a la Fiscalía en este caso en particular no la convenza porque terminó en absolución.

Cañete debería separarse del resto de los testigos, dijo que había mentido antes, y que ahora iba a decir la verdad, no obstante, el sentenciante observa todos y cada uno de esos testimonios, les dedica varias páginas, para hacer una valoración de los dichos, la Fiscalía habla de que no se valoraron las lesiones de Sosa, pero sí se hizo. Que cuando lo ve tres días después el médico, las heridas databan de escasas horas antes. Se explayó en esto el sentenciante, pero además sorprende que parece ser que se mete en una misma bolsa a ambos imputados, cuando de lejos se nota que esto no es así, y que ha sido marcado incluso por la Fiscalía, muchas veces se habla de "el imputado" sin precisar quién, el quid de la cuestión es cuando el sentenciante tiene que referirse a la autoría, y a eso también da una explicación, porque el sentenciante considera las circunstancias de Montenegro, y tiene en cuenta sus contradicciones, además de que también habla como si fuera un sólo imputado.

No se puede condenar por las dudas, Montenegro es muy claro, habla de Grieve, pero respecto de Sosa dice que no lo conocía. Entiende que la posición de Sosa es privilegiada frente a Grieve, debe defender la sentencia, es fundada, es la segunda vez que se los absuelve, con distintos fundamentos, con distinta prueba, se anuló una vez por falta de valoración pero no es el caso de hoy, en lo que respecta a la fiscalía de condenar sin reenvío, en más de una oportunidad se ha dicho que sería una afectación al debido proceso.

Como Ministerio pupilar, se tomó el trabajo de pedir el informe socio ambiental, porque no sabía cómo llegar, esta es una causa que lleva casi 5 años desde el hecho, el chico es mayor de edad, y quería saber su situación. Se cumplieron los fines, el chico es una persona humilde, que no tiene pareja, que vive con sus tíos y primos, por hacinamiento, y con ayuda de la municipalidad para construirse una habitación en la casa de su madre, terminó de escolarizarse, hace changas de albañil, no tiene adicciones, estuvo en pareja y tuvo una nena, a la que ayuda en la medida de sus posibilidades.

V- Analizado el recurso, y oída la defensa que de la sentencia hacen los letrados defensores, me avoco a su análisis, y a las razones de su fundamentación.

Si, como hemos dicho en otros precedentes, el examen de una sentencia debe principiar por la pregunta sobre si la misma está suficientemente fundamentada, en orden a alejarse del acto de puro poder, y así traslucir que la decisión judicial es un acto que implica una operación racional conforme a la prueba que pasa ante el juez, y no una conclusión derivada de una mejor o menor persuasión, o de determinado estado psicológico del juez, este será nuestro primer análisis. Dicha suficiencia en la fundamentación estará dada por corresponder a una conclusión a la que se llegue luego de valorar las pruebas conforme las reglas vigentes, y respetando el derecho a la prueba que tienen las partes.

Jordi Beltrán Ferrer, en "Derecho a la prueba y a la racionalidad de las decisiones" -en *Jueces para la democracia*, N° 47, 2003, págs. 27/34-, a propósito de definir por qué se ha entendido el derecho a la prueba -"right to proof"- como una especificación del derecho de defensa, indica que debe sostenerse una concepción racionalista de la prueba, que rechace la vinculación entre prueba y convencimiento puramente psicológico del juez, y que la decisión judicial, para ser racional, debe tener como requisito mínimo, que se base en razones que la justifiquen sobre la base de algún criterio intersubjetivo. Sólo de este modo, es posible precisamente el control intersubjetivo, esto es, de racionalidad.

Así, nos dice: "Acordarán conmigo que no habré aportado nada a la cultura jurídica común si digo que el proceso judicial tiene como función principal la determinación de la ocurrencia de determinados hechos a los que el derecho vincula determinadas consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio derecho. Esto es, la función del proceso es la aplicación del derecho. Pero, aunque esta parezca una verdad banal, tiene importantes implicaciones teóricas respecto de la determinación judicial de los hechos. En efecto, ello conlleva que deba sostenerse que, prima facie, son las descripciones de esos hechos las que se incorporan al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas (en este sentido, cfr. Alchourrón y Bulygin, 1989, p. 313; Bulygin, 1995, p. 22). De otro modo, los ciudadanos no tendrían ninguna razón para comportarse conforme con lo prescrito por el derecho. En otras palabras, sólo si de alguna forma es la descripción de las conductas de los destinatarios de las normas lo que se incorpora al razonamiento judicial, esas conductas resultarán relevantes para la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en las normas; en caso contrario, si fuera el juez quien constituyera el antecedente fáctico de la aplicación de aquellas consecuencias, no podría motivarse la conducta de los ciudadanos puesto que ésta resultaría irrelevante al efecto de esa aplicación. Pues bien, es en ese marco donde es posible comprender en toda su amplitud el alcance del denominado right to proof. No es casualidad que en general se considere a ese derecho como una especificación, un derivado, del derecho a la defensa. La idea fundamental es que el ciudadano tiene derecho a "demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión" procesal (Taruffo, 1984, pp. 77-78). En otras palabras, el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y, como argumentaré más adelante, una adecuada seguridad jurídica".

La ocurrencia de los hechos se determinará conforme a la valoración de las pruebas legalmente admitidas en el juicio, conforme a un procedimiento reglado, y sin perder de vista, claro está, las reglas de exclusiones probatorias basadas en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, u otros valores que el Estado crea necesario preservar -por ejemplo, la divulgación de ciertos secretos-.

El mismo autor citado -en La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, Madrid, 2007-, al analizar los elementos que integran el derecho a la prueba, nos indica que son tres, que son interdependientes entre sí: el derecho a utilizar todas las pruebas, de las que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión; el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso -donde señala que una "concepción robusta" del derecho a la prueba no puede conformarse con cualquier forma de práctica de la prueba en el proceso, debiendo maximizarse la participación de las partes a través del principio de contradicción, dando en todo momento a cada parte la posibilidad de probar lo alegado por la parte contraria-, y tercero, el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas.

Dentro de este tercer elemento, señala con acierto que es habitual considerar que el derecho a la prueba no supone el derecho a un determinado resultado probatorio, y por ello, y por una exagerada devoción a la discrecionalidad del juez en la valoración de la prueba, no es extraño que jurisprudencia y doctrina consideren a menudo que el alcance del derecho a la prueba se agota en los otros dos elementos -a utilizar todas, y a que sean practicadas en el proceso- sin tener en cuenta que la valoración racional de las mismas es un derecho en sí.

Así, señala Beltrán Ferrer, citando a Taruffo, que este autor indica que sería una garantía ilusoria y ritualista, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas todas las pruebas, si no aseguramos el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión.

Esta exigencia, prosigue el autor, se puede descomponer en dos elementos distintos: por un lado, se exige que las pruebas admitidas y practicadas sean tomadas en consideración a los efectos de justificar la decisión que se adopte, y por otro, que la valoración de las pruebas sea racional.

Advierte que, si bien una decisión de los hechos no se puede realizar sin esa valoración conjunta, ésta no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, sólo después de valoradas individualmente las pruebas, podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas: "Por ello, deberían ser considerados como violaciones al derecho a la prueba los supuestos en que algunas de las pruebas admitidas y practicadas no hayan sido tomadas en consideración".

Además, eso tampoco basta. Es necesario también que la valoración individual y conjunta, se adecúe a las reglas de la racionalidad.

VI- Entiendo que estas reglas no han sido respetadas en la sentencia atacada: no se valoran in extenso las pruebas, no se las merita conjuntamente, y se quebrantan las reglas por ello de la racionalidad que debe seguirse en las decisiones jurisdiccionales.

Visto el soporte fílmico de las audiencias de debate, se puede afirmar que el Tribunal, teniendo en cuenta la prueba documental, informativa, pericial y testimonial, despeja que lo sucedido fuera un accidente. Y así dice que conforme a un análisis integral, la muerte de Javier Irrazabal y las lesiones de Montenegro, "fueron producto de la agresión que sufrieran con piedras en sus humanidad es o por la pérdida de control de la motocicleta, caída violenta e impacto en el piso, producida por la misma agresión con los cascotes".

Sin embargo, cuando el Tribunal analiza la autoría -si bien recurriendo a la valoración conjunta y a la sana crítica- no respeta las reglas de la racionalidad de la decisión.

En primer lugar, la sentencia asume como método enumerar toda la prueba, en especial la testimonial, refiriendo, en síntesis, lo que dicen los testigos, para luego pasar a valorar sus mismos dichos separadamente, volviendo a reseñarlos, a veces contradictoriamente. Le da importancia a la "impresión" que los mismos le generaron, tomando aisladamente parte de sus dichos.

En segundo lugar, no se toma en consideración todo lo que los testigos dicen individualmente; por lo mismo no se los valora conjuntamente.

En tercer lugar, existen incidencias en el proceso que no se corresponden con la resolución tomada luego en el momento de la valoración, realizándose apreciaciones que, de configurar precedentes, vulnerarían el derecho de las partes en un proceso, y en especial, de la defensa en juicio; o se toman resoluciones por la misma vía, que conculcan el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso -conformando una "concepción débil" del derecho a la prueba, que no se apoya en la imposibilidad de refutación por las partes, sino que se decide de modo arbitraria su exclusión- como cuando se excluye la posibilidad de testigos nuevos con explicaciones sin sustento.

En cuarto lugar, determinadas afirmaciones en la motivación, como es la sinceridad de determinados testigos, o las suposiciones de situaciones referidas por ellos, no se apoyan en inferencias lógicamente realizadas (el caso de los testigos Cañete y Grieve).

En quinto lugar, se excluye sin explicación o referencias la valoración de la totalidad de la prueba, a veces determinante, como es el caso de la víctima de autos, el testigo Montenegro, o el hermano del occiso, Nelson Ramón Irrazabal, o parte de las afirmaciones de la testigo Zalazar.

Y por último, y como conclusión, se deriva la cuestión por un estado de duda al que no se llega válidamente, dejando de lado el alcance mismo del principio del in dubio pro reo.

VII- a) En efecto, el Sr. Vocal del primer voto principia con el análisis de la testigo Malvina Cañete, quien le expresó al Tribunal que estuvo imputada por falso testimonio, respecto del que había acordado un juicio abreviado, y estaba condenada a dos años de prisión de ejecución condicional más reglas de conducta.

Si bien el punto es de difícil valoración, no es imposible: que la testigo condenada por falsear sus dichos en el juicio -condena a la que se llegó por aceptación de su responsabilidad- estuviera declarando nuevamente sobre el mismo punto, sitúa al juzgador en cierto estado de perplejidad: no se entiende en el fondo, cuál sería su credibilidad, para cualquiera de las partes, pero ello no implica que deban

sustraerse sus dichos del contexto de situación y de los antecedentes que el Tribunal tuvo ante sí, como parece leerse en la sentencia.

Este Tribunal de Casación, con otra composición, al analizar la primer sentencia dictada en el caso, indicó, con voto del Dr. Chaia, que Cañete había incurrido en contradicciones con respecto a lo declarado en Fiscalía, y que parte de su testimonio se podía valorar; surgía de la sentencia -que es válida- que las contradicciones de la testigo fueron sólo en punto a la identificación de los agresores, a los que dijo no conocer en el juicio, teniendo su identificación por comentarios, pero no por haberlos visto.

En el presente, Cañete, al ser preguntada al respecto, sostuvo lo mismo: en un primer tramo de su declaración en la audiencia de debate, dice a las 9:57 del día 3/6/16, que las personas que tiraron la piedra "salieron de ahí, sólo vi que salieron de ahí". Al ser preguntada sobre si había otras personas, dijo primero que había muchas personas mirando la situación, pero que no se acordaba de ninguna; luego, que estaba la señora que estaba con ella nomás; minuto y medio después, que había mucha gente, que era demasiada, que había vecinos que eran de ella también -porque vivía allí antes-; acto seguido, que no se acordaba de quiénes eran -"vecinos nomás"-, y ante la pregunta de si sabía quiénes eran los que tiraron la piedra, contestó que vio una sola persona, un minuto después, y que era delgada, baja, que estaba oscuro, que no se veía bien.

Ante la pregunta del fiscal, sobre la mención de una persona, en oportunidad de declarar en Fiscalía, dijo que allí había dicho una cosa, y en el juicio, en el año 2014, dijo otra; y que después había hablado con Ricardo, el hermano del occiso, y que ahí le dijo lo que había pasado, que lo hizo para "ayudar a la familia". Que cuando pasó lo que pasó, se fue sin hablar con nadie, derecho para su casa, y habló con su mamá. Pero también, ante una pregunta del fiscal, a las 10:13 hs., dijo "decían sí, que se habían equivocado", y que había una persona agarrándose la cabeza.

Como se advierte, más allá de la dificultad inicial de escuchar a una testigo ya condenada por mentir en el mismo juicio, en el caso la testigo no acierta a conjugar lo que dice ahora, en el segundo juicio, en una sola versión; eran más de uno, era uno solo, delgado y petiso pero no había luz, había gente, vecina, pero que después no conocía, no habló con nadie, pero gente que no habló con ella "decían" que se habían equivocado.

Sin embargo, el juzgador afirma en su valoración que las explicaciones de la testigo eran sinceras: que Cañete le explicó al Tribunal que había mentido cuando dijo que había sido el hijo de "Pomelo" Grieve, señalando al imputado, que mintió porque quería ayudar a la familia. Entendiendo que sus dichos eran una aclaración, y que relató las circunstancias en las que se encontraba cuando observó el evento, brindando razones, el juzgador afirmó en la sentencia que era sincera, y que, en síntesis, había aportado al juicio que las víctimas circulaban en moto y se cayeron por una piedra grande, que le pegó en la cabeza al conductor; que la piedra secuestrada era coincidente con el tamaño de la que vio que arrojaron; y que quienes la arrojaron (dice la sentencia) salieron de la zona de la escalera.

A pesar de lo sentado en la sentencia, la explicación del motivo por el cual habría mentido la testigo -"para ayudar a la familia"- no resulta suficiente: no es razonable

ni regular que un testigo síndique a alguien de un grave crimen, con nombre y apellido, para ayudar a una familia, que por otra parte no deseará (por sentido común) que le mientan sobre quién es el asesino de su ser querido (en este caso, el hermano). La explicación de la testigo no se traduce entonces en una aclaración; para así considerarla, debió estar apoyada racionalmente en otros enunciados que nos sugieren las reglas de la experiencia, como por ejemplo, que creyó que era verdad y quiso ayudar, que lo escuchó pero no lo vio, que odiaba a los Grieve, hasta que tenía un excesivo afán de protagonismo, etc.: pero no sirven sus dichos como para aclarar semejante situación.

Advierto que la valoración que contiene la sentencia no se corresponde con los dichos de la testigo en la audiencia, que no es acertada la conclusión sobre la sinceridad de la misma, más allá de determinada persuasión individual que haya sentido el juzgador; esta persuasión, no está explicitada por argumentos - explicación que se debe brindar en toda sentencia-.

Al respecto, recuerdo lo citado en numerosos precedentes (por ej., "MILEZZI -y otros-", sent. del 15/12/2016), sobre lo controlable en casación: el juez puede afirmar que le "impresionó" creíble, o sincero determinado testigo, pero está obligado a dar razones de este impacto psicológico.

En el fallo citado, recurríamos a Gabriel Pérez Barberá -en su artículo "Casación y capacidad de control"- según el cual "(C)onforme a estos criterios, sólo quedará afuera del control de la casación, la percepción sensorial del tribunal de juicio respecto de su entorno empírico -que se reduce a lo ocurrido en la audiencia de debate- que será un enunciado de inmediación; ahora bien, el enunciado que exprese una toma de posición del juez de mérito (una valoración) a partir de una percepción sensorial determinada será un enunciado inferencial, pues está apoyado en otros enunciados, seguramente implícitos: de todos, nada impide que queden explicitados aquellos que le permiten cotejar el valor de esos elementos de prueba con otros. Queda claro entonces, que es incorrecto sostener que los enunciados sobre la credibilidad de testigos no son controlables en casación, y lo mismo vale para cualquier otro campo relacionado con la valoración de la prueba". La falta de explicación de la impresión de sinceridad que le da la testigo al sentenciante se hace más patente cuando se lee lo que luego de reseñarla -en el acápite "Valoración de testimonios"-, la vuelve a citar el juzgador en el acápite "Autoría": allí señala que los que tiraron salieron de la escalera, era un grupo, el que arrojó la piedra era bajo, delgado, al que no pudo ver bien porque estaba oscuro, todo lo cual es contradictorio con lo señalado en la misma sentencia, varios párrafos más arriba -que eran varios, etc.-.

VII- b) Al momento de la valoración de los dichos del testigo Nelson Irrazabal, por su parte, la sentencia excluye inexplicablemente en la valoración, parte de su declaración, lo que es fundamental en orden a la valoración correcta y conjunta de la prueba: el testigo le dice al Tribunal (a partir de la hora 12:28, el 3/6/16), que estaba jugando a las bochas, en el centro parroquial, y lo llaman por teléfono al "Pomelo" Grieve, y al rato lo llaman a él, y le dicen que pasó algo con su hermano, y agarró y se fue para el hospital. Cuando va llegando viene atrás suyo el hermano del Coque Grieve; le pregunta qué pasó, y el contesta "no sé, se equivocaron estos locos". Que él no entendía nada. Puntualizó que el hermano del Coqui, o Coque, creía que se llamaba Jorge; y que cuando sale se encuentra con un

compañero suyo y le dice que el que puede haber visto es Coque Grieve, y ahí lo llevó él, que cuando llega estaba el "Colorado" Rigoni; que Zalazar le dice que vio todo y que cualquier cosa la llamara. Señaló que nunca estuvo con "Coque" Grieve ni sabe si alguien lo llamó. Todos estos indicios no son tomados en cuenta por el juzgador, ni para decir que le resulta veraz, ni para explicar por qué no le cree. Sin embargo, el señalamiento de los dos llamados, la idea de la equivocación en el accionar contra su hermano -dicho por el hermano de "Coque" Grieve, y señalado por los testigos Cañete, y Zalazar-, no se toma en cuenta tampoco.

El testigo explicó en el juicio, que el que lo buscó al "Coqui" Grieve fue Depretto. Los testimonios de las personas mencionadas por el testigo fueron solicitados en el juicio por la fiscalía como testigos nuevos. Y si bien el Sr. Vocal en la sentencia tuvo en cuenta que el testigo tomó conocimiento a los meses o al año de que los otros -Miguel Depretto, Mariano Depretto, Ariel Ferreyra y Francisco Figueredo- habrían sabido algo, señala que ello fue descartado por el tribunal por unanimidad, remitiéndose a las razones dadas en la audiencia (consignadas en el soporte de audio).

Aquí acontece lo señalado en tercer lugar, es decir, hay incidencias en el proceso que no se corresponden con la resolución tomada luego en el momento de la valoración, y se realizan apreciaciones que vulneran los derechos de las partes en el proceso.

En efecto, escuchado que fuera el soporte de audio, se puede advertir que luego de que el testigo Irrazabal depusiera, el fiscal solicitó la comparencia de los testigos por él mencionados, señalando que tomaba conocimiento de ellos al escuchar la noticia por medio de aquél; éste, además, había explicado que a los meses o al año del hecho supo que esas personas mencionadas habrían sabido algo.

El juez le pregunta al fiscal si esas personas existen, a lo que contestó que uno tenía causas en Federación, que eran personas desconocidas. La Defensa se opuso formalmente a la incorporación.

A continuación, y a los fines de una mayor claridad, transcribo la oposición de la Defensa y las razones que dio el Tribunal para no hacer lugar a la prueba, escuchados en el soporte de audio a partir de la hora 12:43 del 3/6/16:

Defensa (Dr Briceño): el fiscal en esta oportunidad pretende tapar el hueco, o el agujero, importantísimo, los déficit notables de esta investigación, haciendo aparecer tardíamente, luego de casi dos años y medio, testigos que nunca fueron nombrados; se nombró a infinidad de personas y estas personas nunca no fueron nombrados. Y sino, que me desmienta el Sr. Fiscal. Nótese que el testigo ni siquiera sabe lo que supuestamente vieron. O sea puede venir y declarar que estaba también jugando a las bochas, o que estaba tomando un vino y jugando a las cartas, o que se yo, en la esquina a 20 cuadras del lugar: el testigo dijo concretamente: el me dijo que había visto algo, refiriéndose a Mariano De Pretto, e iba a declarar algo- no sabemos de qué- Ariel Ferreyra; respecto dice algo similar "que vio algo", y después Francisco Figueredo. Pero lo notable es que primero dice, para posibilitar, o sea, es toda una artimaña de la cual se pretende aprovecharse la fiscalía, que se enteraron después de la sentencia, para posibilitarlo como testigo nuevo. Pero más adelante dice que se enteraron de todo

esto a los pocos meses, de estos testigos nuevos, al año dice, que se enteraron de estas personas. De lo cual se desprende que esto es bastante anterior a la sentencia que nos ocupa. Y centralmente no hay ningún atisbo ni siquiera de saber qué es lo que saben tales personas, a qué se van a referir, nunca se presentaron a la fiscalía, sabían de que era un hecho trascendente, notable, la muerte de una persona, mantenían relaciones y contactos, conocían a los Depretto, al menos a Mariano. Entiendo que hacer lugar a la petición viola el principio de igualdad y torna sospechosos estos testimonios. Estoy convencido que es un acto de desesperación de la fiscalía, porque hasta ahora no tienen un solo testigo que afirme la hipótesis fáctica.

-Dr. Garay: Yo también acompaño la oposición de la defensa, me parece una maniobra bastante sorpresiva, por no decir burda, entiendo que la aparición de repente de 4 testigos es altamente sospechosa, por lo cual por los fundamentos manifestado por la defensa, estoy total de acuerdo, y me opongo a la incorporación de esos testigos supuestamente nuevos, después de 2 años de investigación y de 3 años del acontecido hecho.

A las 13:32 hs. de ese día, luego de un cuarto intermedio, el tribunal resolvió lo que a continuación se transcribe: "el tribunal entiende que es un tema muy delicado, ya que todo el tema de los testigos, la admisión y todo eso se realiza en una etapa anterior, en el cual todas las partes en base a ella, y en base a las evidencias y pruebas que cuentan elaboran sus correspondientes teorías del caso; el hecho ocurrió hace bastante tiempo, y concretamente el artículo 438 establece respecto a estos casos que únicamente podrán ser admitidas pruebas nuevas si su pertinencia surgiere a consecuencia del curso del debate. Si bien el testigo Irrazabal y sin entrar en una valoración concreta del testimonio que será materia del análisis, no expresa demasiados elementos que permitan inducir de qué tienen conocimiento estas personas que mencionó, inclusive, en el caso de Miguel De Pretto, mencionó que se enteró prácticamente en simultáneo con el hecho, en esos días, ni siquiera lo nombró en la fiscalía, cuando depuso durante la IPP, ni tampoco menciona ni el testigo ni el fiscal al efectuar esta solicitud, sobre qué tiene conocimiento, si tiene conocimiento de la supuesta agresión, si tuvo conocimiento de circunstancias anteriores, posteriores, lo cual no permite hacer un análisis respecto a la utilidad de los mismos, a la pertinencia: concretamente, esto es una excepción a lo que establece el CPP y debe ser meritudo detalladamente, concretamente, y no se avizora que el fiscal haya expresado concretamente cuáles son los motivos más allá de, supuestamente, haberse enterado en esta audiencia de debate con la manifestación del testigo. Entiende el tribunal que esto viola, de hacerse lugar, se violaría el derecho de defensa en juicio, la estrategia de la defensa, de posibilitar interrogar los testigos, ofrecer otros testigos en descargo de lo que eventualmente digan éstos, y se ha dicho que la petición a instancia de alguna de las partes debe ser fundada, individualizando concretamente, en primer lugar, cuál es el medio de prueba, en este caso, los testimonios que se mencionaron, y luego cuáles son las razones que derivadas de la índole de la misma se tornan pertinentes con relación a los hechos objeto del juicio según sea el caso. No se ha expresado nada de qué es lo que podrían llegar a saber los testigos, respecto de qué podrían llegar a deponer. También se ha dicho que sin embargo el concepto de nueva prueba no puede ser utilizado abusivamente ni de

manera entorpecedora. Vale entonces aquí poner énfasis en que constituye una excepción restrictiva a la perentoriedad del plazo de ofrecimiento probatorio. En consecuencia, debe ser cautelosa y prudentemente merituada, tanto el ofrecimiento como la admisión de las mismas. Y el Tribunal entiende, que la petición conforme fue formulada, efectuada, no se vislumbra la utilidad de este testimonio. Y, de hacerse lugar a los mismos, se violarían derechos fundamentales como el derecho de defensa en juicio, la igualdad de armas, y en definitiva, el debido proceso. Por tanto, entiende el Tribunal que le asiste razón a la Defensa, y se rechazan los testigos ofrecidos".

Se advierte entonces que se entremezclan varias cuestiones: por un lado, el defensor dice que es sospechoso -lo que sería materia de incredulidad de lo que dirían, porque sería una artimaña del fiscal-; el otro defensor habla de maniobra, y de declaraciones tardías; con lo que el Tribunal debe decidir sobre este extremo. Sin embargo, el Tribunal lo rechaza porque el testigo y el fiscal no expresaron los motivos por los cuales se recepcionarían los testimonios, por lo que no ven la pertinencia, es decir, su utilidad. Sin embargo, se le aduna un motivo más, a pesar de acudir al C.P.P.: la violación del Derecho de Defensa en juicio, la estrategia de la Defensa, de posibilitar ofrecer otros testigos de descargo de lo que eventualmente dijera aquellos.

A pesar de que dicha violación no sea siquiera considerada por la Defensa -que hace una remisión sin explicación al "principio de igualdad"-, el Tribunal alegando la posibilidad de la misma, deniega la petición. Esta postura resulta arbitraria, porque no se entienden los motivos de estas consideraciones y sus supuestas consecuencias imposibilitantes anunciadas, respecto de lo que no podría ser ejercido por la Defensa. Si lo que se pide es la citación a una audiencia de debate, de testigos que hipotéticamente presenciaron el suceso criminal (que terminara con una vida joven y lesionara gravemente a otro joven), de cuya existencia se sabe después de finalizada la investigación, (según la declaración del hermano del occiso en mismo juicio), no se entiende por qué el Tribunal afirma a priori que no se los puede escuchar porque se violaría la defensa en juicio.

Si lo que se quiere preservar, es la estrategia de la Defensa, como surge de la resolución del Tribunal que en audio se escucha, debe recordarse que éste no es un principio a cuidar por el Tribunal, que no puede suplir a la parte, que no se puede apartar de su rol de juzgador que busca la verdad en un proceso reglado: lo que debe protegerse es el derecho a defenderse en juicio, no la estrategia escogida por el imputado o su Defensa.

Lo que se pone en conocimiento del Tribunal, es que habría otros testigos que habrían presenciado el hecho, circunstancia desconocida por ambas partes; tampoco se sabe aún, hasta el momento, a quién beneficiarán con sus testimonios. Menos aún se entiende por qué no se puede por parte de la Defensa - en caso de aparecer elementos incriminatorios hacia sus pupilos en los dichos de estos testigos nuevos- ofrecer otros testimonios que los desmientan, eventualmente, y por qué el Tribunal adelanta la imposibilidad de escuchar a esos testigos derivados en consecuencia, si esa actividad futura dependerá del mismo Tribunal, con el sólo límite -esta vez sí-, de la utilidad, criterio a aplicar de forma amplia, en especial, tratándose de la Defensa.

La denegación de testigos nuevos aparece entonces como un ejercicio de extralimitación del Tribunal, que resulta además arbitrario.

Para entender esto recorro nuevamente al autor más arriba citado, quien, al hablar de los elementos para una decisión racional sobre la prueba, explica la conjugación del proceso con la admisibilidad de cierta prueba. Así, si bien el principio general es que todo elemento de juicio relevante para la adopción de una decisión judicial, debe ser admitido como prueba en un proceso -principio que se justifica epistemológicamente en la medida que garantiza mayor probabilidad de que los enunciados que se declaren probados coincidan con la verdad-, su justificación está también basada en un principio jurídico, que es el derecho a la prueba, como parte del derecho de defensa, que muchas constituciones y tratados internacionales conceden a todo ciudadano. La averiguación de la verdad es un fin en sentido prioritario en el proceso en materia de prueba, pero no es el único: para garantizar la obtención de otras finalidades, como por ejemplo la protección de derechos fundamentales, los ordenamientos establecen reglas procesales que funcionan como un filtro a la admisibilidad de la prueba. La racionalidad instrumental de esas reglas no se evalúa teniendo en mente la averiguación de la verdad, sino su finalidad propia.

Eso significa que pueden imponer un sacrificio epistemológico -son contra epistémicas-: "En general es así, en efecto, cada vez que la protección de maximización de esos otros fines del proceso supone la exclusión de pruebas relevantes para el caso que debe decidirse. Esto no implica que sea imposible alcanzar una determinación verdadera de los hechos ocurridos, sino, más modestamente, de las probabilidades que ello ocurra, dado que los elementos de juicio serán más pobres, serán más bajas. Y siendo consciente de este coste, el legislador deberá decidir en cada caso de conflicto entre la maximización de los fines epistemológicos y de cualquier otro que se quiebre, en qué medida se sacrifican unos y otros" -pag. 77/78, op. cit.-

Los juzgadores, interpretando las reglas, no pueden apartarse de los fines, ni de los principios que las rigen: la misma obra indica que para evaluar si las reglas de exclusión están justificadas, habrá que juzgar su racionalidad teleológica, atendiendo a su adecuación como medios para alcanzar los fines a los que corresponden. Muchas veces, por vía interpretativa, se realizan síntesis de esas reglas de exclusión que no se corresponden con los principios. Y ello deja de lado hasta el rol del juez en el proceso.

Nuestro sistema procesal no se encuentra diseñado en desmedro de la averiguación de la verdad, y no es un fin que pueda dejarse de lado por un Tribunal en aras de preservar una determinada "teoría del caso" de ninguna de las partes. Así, el art. 448 CPPER habla de la posibilidad de recepcionar pruebas nuevas, teniendo como límite la pertinencia -principio a su vez establecido por razones de economía procesal y de duración razonable del proceso-. Y, a su vez, si el principio mismo de la averiguación de la verdad está establecido en protección del ciudadano, con más razón la prueba nueva que pudiera sugerir la Defensa, que surgiera eventualmente en virtud de los nuevos elementos que se precipitan en la audiencia, deberá ser recepcionada de modo amplio, con el sólo margen de la pertinencia, que deberá ser, claro, extenso.

Y es que, como también hemos dicho en numerosos precedentes, el juez no es un árbitro al que se le presentan dos contendientes, limitándose su función a levantar la mano del ganador -al que presente la mejor narración-. En el cometido de su labor, no puede olvidar aquél fin.

Finalmente, respecto de este punto, no puedo dejar de preguntarme por la hipótesis contraria: si surgieran testigos nuevos de los dichos de un testigo, ofrecidos por la Defensa, que se enterara en el juicio de su existencia, y señalados como presenciales en el hecho, ¿habría que rechazárselos por no posibilitar la estrategia del acusador? Como la respuesta es negativa, claro, por lo insostenible, las razones referidas a los principios, el fin del proceso y la búsqueda de la verdad en el mismo debería funcionar como orientación, como norte.

Si bien esta Casación rechazó la comparencia de estos testigos a la audiencia de esta instancia, por las razones expuestas en el auto de fs. 172, un análisis más amplio de todos los antecedentes incluido el soporte de audio, indica como correcto que los testigos se escucharan en la instancia del plenario, donde ambas partes podían ejercer el control, los interrogatorios y ofrecer -en su caso- nueva prueba, aventando así toda posibilidad de vulneración como las que se refirieran.

VII- c) Los mismos problemas señalados como primero y segundo y quinto más arriba, se repiten en la valoración del testigo víctima Montenegro. Este testigo declara ante el tribunal el 6/6/16, a las 10:52, según se puede apreciar en el soporte fílmico. Respecto de él había sido escuchado el médico forense Carlos Borghi, quien explicó cómo se recupera la memoria, en el caso del daño neurológico, dando el ejemplo del caso del Dr. Leymann Patt; que lo ilógico es que se hubiera acordado de todo.

A pesar de ello, el testigo le refiere al Tribunal, según se ve y escucha, como es que pasó por el hospital, como miró, que vio las luces verdes, que vio al "Colorado Cachola", que empezó a gritar "mátenlos, mátenlos"; y que cuando miró vio la cara de él -por Grieve, al que señala-; de ahí, dice, "me pegaron a mí, y no me acuerdo más". Ante preguntas del fiscal, a la hora 10:58:39, refiriéndose al señalamiento realizado por el testigo, sobre si estaba seguro de que fuera esa persona allí presente, de la que él dijo haberle visto el rostro, la cara, y qué era lo que había hecho esa persona, contestó:

-Testigo: "él le pegó a Javi"

-Fiscal: "¿vos viste que le pegó a Javi?"

-Testigo: "Sí. Sí. Porque yo sentí el movimiento de la moto. Yo miraba al "Colorado Cachola"; cuando miré así vi la cara, cuando quise girar, me pegaron a mí.

-Fiscal: "¿Pudiste ver con qué le pegó?"

-Testigo: "Con una piedra"

-Fiscal: "¿te acordas como era esa piedra?"

-Testigo, señalando con las manos: "por ahí más o menos".

Se le preguntó expresamente si a esto lo recordaba o se lo había contado alguien, y contestó que se acordaba, que, si bien no vio quien le pegó a él, a esto lo recordó: que al principio no recordaba, tuvo que pensar en esto; y que a Sosa no recordaba haberlo visto (hora 10:59).

Todos estos dichos, importantes, están reseñados en la sentencia, pero a la hora de valorarlos, si bien el testigo le resulta veraz, sincero y creíble al juzgador, su relato parece relativizarse y perder fuerza; así, sintetiza esta prueba en su

valoración, el Sr. Vocal, de este modo: que el testigo "advierde en el lugar al "Colorado Cachola" en la entrada de ambulancia a la izquierda; siente que la moto se mueve y al mirar para el otro lado ve la cara de Grieve del lado derecho; no vio quien le pegó a él ni recuerda nada de lo ocurrido, no obstante lo cual reconoce la piedra exhibida que es con la que le pegaron a Irrazabal por haberla visto después del golpe"- pag. 113-.

Así relatada la versión de la víctima parece un indicio respecto del que deben realizarse muchas más inferencias para que tenga peso; se deja de lado que indicó precisamente que el que le pegó a Javi (y en consecuencia, lo mató), era Grieve, presente en el juicio, al que señaló.

El juzgador vuelve a valorar la testimonial de Montenegro, en el punto 6), "Autoría", y refiere "que lo estaba mirando al "Colorado Cachola" que estaba a la izquierda; cuando mira para el otro lado lo ve a la derecha a Grieve, no vio si cruzó la calle. Cuando le pega a Javier estaba mirando a Cachola, por eso no puede describir la maniobra, siente que la moto se mueve porque le habían pegado y ve a Grieve de cerquita, no recordando si había otras personas" -fs. 116-. Aquí se incluye una afirmación, que parece diluir lo que aporta el testigo, y que no resulta una derivación correcta: "pero el testigo no puede describir la maniobra".

Y sin embargo, lo que describe el testigo es la secuencia, conforme lo que puede ver y sentir el acompañante de una moto cuyo conductor es embestido a pedrazos, que ve a "Cachola" incitando a matarlos, siente que la moto se mueve - ya le pegaron a Irrazabal-, y ve la cara de Grieve y luego le pegan a él y no se acuerda más.

Y en el punto 7), concluye que la mayoría de los testimonios receptados no aportan elementos de convicción en cuanto a la autoría de los acusados. Respecto de Grieve, dice, "sólo contamos con los dichos de Montenegro, que lo pone en las proximidades cuando le arrojaran piedras, pero sin mencionar qué actividad desplegó menos aún arrojando piedras, y lo ubica del lado derecho, contrario al que se constatará en las lesiones de Irrazabal y que indicara la testigo Cañete, quien fuera una de las que relatará el momento del impacto que recibió con una piedra Irrazabal lanzada desde el lado izquierdo". Este punto señalado como baremo e indiscutido no está sin embargo reseñado así por la misma sentencia: el juzgador, a fs. 103/vta., señala que la testigo dijo "decía la gente que estaba ahí que se habían equivocado pero no sé a qué se referían. Una persona que no conozco se agarraba la cabeza, vi la mancha de sangre donde quedó Irrazabal, vi que la piedra le pegó en la cabeza, supongo que del lado izquierdo ...".

El soslayo, entonces, de la parte más importante de la testimonial de la víctima de autos, es inexplicable, y lo es menos si se converge con los otros testimonios. Y no es que no se le crea; por el contrario, el juzgador expresamente dice que no ve en él ningún espíritu de venganza o animosidad en contra de los imputados, y le resulta veraz. La valoración sesgada que se hace de este testigo, conforme surge de los fundamentos de la sentencia, se traduce en realidad en la exclusión de esta prueba: una declaración de neutralidad tácita, ya que no gravitará con los restantes elementos de prueba. Y esta exclusión, en la decisión judicial, termina vulnerando el derecho mismo a la prueba -a que se valoren todas-, y a la decisión racional sobre ella, y le quita, por ende, razonabilidad a la conclusión final.

VII- d) Por otra parte, lo indicado más arriba también sucede con la testigo Natalia Zalazar.

Esta testigo declaró en la audiencia del 6/6/16, a las 11:56, según se puede apreciar en el soporte filmico. Explicó en su testimonial que estaba en el hospital, y que salió y entró nuevamente; dijo que afuera iba a haber pelea: -"Afuera se está por embolar"-, -"Yo después salí y lo vi a 'Nico' Grieve que juntó una piedra y que tiró para calle Dángelo, pero no sé si le tiró al Javi"- . Se acercó y vio que era Javier Irrazabal, indicó, que estaba caído. Y que Malvina Cañete decía "Los Grieve, los Grieve fueron"; la describió como la señora que vive enfrente del hospital: petisa, pelo largo, medio negro. Dijo haber visto a la madre de Sosa, a la tía de Nico, al Coqui Grieve, y al "Colorado Cachola". Preguntada que fuera, dijo que cuando ella salió vio que "Nico" juntaba una piedra y tiraba, pero que el momento en que pasó no lo vio; que vio el lanzamiento de la piedra desde donde se ponen las ambulancias, desde donde se va a entrar a la guardia. Al ser interrogada por la defensa, a las 12:29 hs., tiene lugar el siguiente diálogo:

-Defensor (Dr. Briceño): "O sea corrijáme si no es cierto. Que Ud. Lo único que vio fue cuando, según Ud. Grieve agarra una piedra y la tira para calle D angelo, previo al accidente de los chicos?"

-Testigo: "Sí".

-Defensor: "O sea antes de que los chicos caigan de la moto?"

-Testigo: "Sí".

Este interrogatorio tiene lugar luego de que en el estrado, la testigo indicara desde dónde había visto tirar la piedra.

La testigo fue repreguntada abundantemente, y expresamente indicó que a la piedra la reconocía, que la recordaba después de dos años y medio porque se acordaba del día en el que se la mostraron: la misma sentencia, antes de la valoración, transcribe esto y finaliza con una cita textual: "lo único que vi es que Grieve agarra la piedra y la tiró previo a la caída de los chicos, es decir antes&no vi dónde quedó la moto".

Sin embargo, su testimonial es valorada en el punto 6) "Autoría", en tres renglones: Natalia Belén Zalazar "cuando se accidentaron los chicos estaba dentro del Hospital, no vio nada, que observó a Grieve tirar piedras a la calle D'Angelo antes del accidente" -fs. 116 vta-.

Como se advierte, esta ponderación también sesga el sentido de lo sucedido con la prueba: la testigo refiere de una piedra tirada por el imputado Grieve, que está en el contexto de la pelea, del conflicto, a la que reconoce -más allá de que se la hubieran mostrado en el primer juicio-, que no transmutan en meras "piedras" que tiraba Grieve, al azar. El recorte de esta prueba y la redirección de su sentido es inexplicable. No se verifica si converge con los otros indicios, se les quita el alcance a los dichos; no se realizan tampoco las inferencias debidas respecto de su verosimilitud y respecto de los otros testigos.

Debo agregar que el reconocimiento de efectos realizados en el primer juicio, mientras no contengan una observación respecto de su producción, son actos llevados a cabo delante de las partes, con todas las garantías, frente a los jueces naturales del caso; si no contenían un vicio originario, es decir, en aquélla oportunidad, debe valorarse sin más, sin reservas. Y si bien es cierto que el acto mismo no se puede reproducir como tal -como señalara la Defensa- ello no se

traduce en el caso en una imposibilidad de recepción, o desluce el mismo reconocimiento realizado en el segundo juicio, puesto que no son "actos válidos que quedaron en la zona gris de lo inexistente", y que no se puedan valorar. Si rige el principio de libertad probatoria, y no la prueba tasada, o la tacha de testigos en nuestro sistema, y la anulación de la sentencia anterior lo fue respecto de una inadecuada fundamentación o arbitrariedad en su conclusión, el nuevo reconocimiento realizado en el segundo juicio por el testigo, indicando que también le mostraron el efecto en el primer juicio y lo reconoció, y que se acuerda por ello, nada le agrega ni nada le quita si el primer acto no estaba viciado.

VII- e) Finalmente, la valoración que se realiza y las incidencias ocurridas respecto del testigo Jorge Grieve merecen algunas consideraciones finales.

Visto el soporte fílmico, las actas de debate, las incidencias, y lo finalmente resuelto, se puede apreciar que en la audiencia de debate, el testigo principió su declaración diciendo que era primo del imputado Grieve; y que estaba en el lugar - Hospital- porque su otro primo había chocado, y fue a ver cómo estaba. Su declaración se produjo el 6/6/16, a las 16:58, y el fiscal solicitó que se confronte el testigo con lo que dijo en Fiscalía. A ello se opuso la Defensa, el Dr. Briceño, expresando que se intentaba confrontar con la declaración producida cuando era menor de edad, porque no fue tomada en Cámara Gesell, y se efectuó sin la presencia de los padres; indica que no se resguardaron los derechos del niño y solicitó que no se interrogue respecto de ella a su pupilo. El fiscal protestó, indicando que en el auto de remisión a juicio se admitió en forma subsidiaria; y que tanto el defensor como el Ministerio Pupilar estaban notificados de la apertura de causa y no presentó objeciones a la toma de esa testimonial, lo que estaba en abierta contradicción con lo que ahora se oponían, señaló.

Con la palabra, el Dr. Garay señaló que no pueden haber notificado al Ministerio Pupilar porque el representante del Ministerio Pupilar estaba para representar a Sosa, y no al testigo, que debió declarar en Cámara Gesell. El Tribunal resolvió - ver hora 17:22-, que la resolución de apertura de causa fue notificada al defensor de pobres y menores, la declaración al menor fue tomada ese día, y que se le recibió el juramento; que era válida, y que fue además ofrecida en la audiencia llevada a cabo ante el Juez de Garantías de Federación, sin objeciones; por lo que podía ser utilizada en esa instancia. Estableció que, porque fue ofrecida oportunamente, notificada legalmente, no mereció objeciones en la audiencia de saneamiento ante el juez de garantías; ello sin perjuicio que oportunamente el Tribunal evaluaría si se incorporaba o no, pero podía ser utilizada a los fines de refrescar la memoria.

El testigo fue interrogado por lo que dijo en Fiscalía, y allí señaló primero que no dijo eso; preguntado por el fiscal si la Dra. Penón Busaniche había puesto eso porque ella quería, dijo que sí; que el policía lo fue a buscar y le dijo "de esta no salís", que estaban filmando todo; que no sabía quién era el policía, que no se acordaba, que lo habían esposado; que no se acordaba el rostro del policía, que no sabía si seguía trabajando en Federación, y cuando estaba él ahí, le dijo que dijera lo que había pasado y le dijo firmá y él firmó; al otro día se presentó con su mamá y no lo quisieron atender. Que le dijeron que estaban filmando todo.

Ante el pedido de la Fiscalía de detención del testigo, expresando que estaba cometiendo falso testimonio en la audiencia, la Defensa se opuso, solicitando se

requiriera la grabación a la Fiscalía; el fiscal señaló que esa situación ya se había resuelto, y que la audiencia no fue filmada, que esto era un artilugio del testigo, y que creía que en ese tiempo la Fiscalía no tenía siquiera cámara, que su testimonial se tomó en horas próximas al hecho, dada la gravedad del delito. El Tribunal dispuso no hacer lugar a la detención en la audiencia del testigo. Luego, en la valoración, el juzgador señala que de haber ocurrido un falso testimonio, ocurrió en la Fiscalía; que sólo valoraría la testimonial rendida en el plenario, realizando consideraciones sobre el sistema adversarial y acusatorio, indicando que en el contradictorio es donde las partes tienen la posibilidad de discutir la prueba; que las declaraciones tomadas en la I.P.P no son prueba, y que sólo pueden ser utilizadas para refrescar la memoria de los testigos, pero nunca como prueba independiente, y más aún cuando han sido obtenidas sin previo control de la parte contraria, como parece ocurrir en el presente caso con la entrevista mantenida por Jorge Ariel Grieve y la fiscal Penón Busaniche, entrevista a la que concurrió trasladado por funcionarios policiales, esposado e intimidado, lo que le provocó temor y por esa razón firmó el acta.

A título ilustrativo citó jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires del año 2005, y del Tribunal de Casación de La Plata, del año 2009; y señala que le corresponde prioritariamente la valoración de las manifestaciones de los testigos, citando a Gorphe.

En ese entendimiento, señaló que el testigo se mantuvo sereno y firme en sus dichos, convincente, y que se puede extraer que ese día se encontraba en el Hospital porque un primo suyo había chocado; que había mucha gente fuera del hospital, que cuando salió estaban los chicos en el suelo, no vio cuando cayeron; que estaba en el lugar el colorado "Cachola" que pedía auxilio, y también se encontraban sus tías y todos sus parientes; que observó lo relatado, desde donde se sube la ambulancia.

Ahora bien, lo sucedido en el juicio y lo considerado en la sentencia me plantea ciertos interrogantes, algunos de los cuales pueden ser despejados con el auxilio de la teoría general del proceso.

En principio, lo resuelto en el juicio, conocido por las partes, era que la testimonial tomada a Jorge Grieve en la I.P.P. era válida, y que había intervenido el juez de garantías en la audiencia, por lo que podía ser utilizada en esa instancia (para "refrescar" la memoria o evidenciar inconsistencias). Luego, en la sentencia, se la entiende como una testimonial tomada sin control de partes, por lo que se dispone no atender a su contenido -a pesar de que, como documental, estaba incorporada, lo que es una contradicción con lo resuelto en el mismo juicio por parte del mismo Tribunal-.

El recorte de la información contenida en esa documental admitida como válida, para "refrescar la memoria del testigo" -agregada a fs. 81-, que es abiertamente contradictoria con lo que el testigo dijo en la audiencia, que desdice el nudo central del relato anterior -hasta su supuesto miedo a las represalias-, de la testimonial prestada en el debate, no se puede realizar sin más, sin una fundamentación válida, esto es, argumentadamente. El juez puede afirmar que no mintió en el juicio, es claro, pero ante los datos antagónicos (ante las inconsistencias) debió realizar una fundamentación plausible, y no limitarse a dejarla en situación análoga a la cita de jurisprudencia que realiza.

Esta cita, por otra parte, corresponde a un fallo que, anterior a las directivas de "Casal", y en su texto completo, resolvía denegando el recurso de un defensor que planteaba la arbitrariedad por no haberse ponderado la contradicción de la testimonial tomada en la I.P.P. y en el juicio, y resolvía hipotéticamente la situación en el caso que una declaración testimonial se hubiera dado por reproducida, lo que no había ocurrido en el caso, dándole preeminencia a lo declarado por el testigo en la audiencia. El párrafo completo dice: "El sistema de enjuiciamiento implantado por la ley 11.922, pone el centro de gravedad del proceso en el debate plenario. Ningún elemento de prueba cuya producción no sea dable controlar a través del debate, puede utilizarse como base de la sentencia (Sala I, sent. del 28/8/01 en causa 1680, "C. P."). De manera que las presuntas contradicciones operantes en las declaraciones vertidas durante la I. P. P. o las posibles contradicciones entre el tenor de éstas y las vertidas en plenario, pierden virtualidad al haberse colectado declaraciones de los mismos deponentes en plenario. Por otra parte, aun en el hipotético supuesto que una declaración haya sido dada por reproducida cosa que en la especie no ocurrió-, la aparición del testigo durante el desarrollo de la audiencia impone, en virtud del principio arriba señalado, que el mismo sea escuchado y valorado" -cfr. D., F. R. s/ Recurso de Casación, causa N° 14.578, Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, sent. del 30/06/2005-.

Esto es, el caso no es análogo y el juzgador, conforme la exigencia de motivación, ante el pedido expreso, debió señalar, conforme todos los elementos que tenía, por qué creía que el falso testimonio se había cometido en la oportunidad de ser escuchado el testigo en la Fiscalía; si, por el contrario, daba por supuesto que la testimonial al menor fue tomada en condiciones irregulares, delante de la fiscal auxiliar, y se le insertaron cosas que no dijo -"por tales razones firmó el acta que no le había sido leída previamente", según fs. 114-, debió remitir los testimonios necesarios ante la posible comisión de un delito de acción pública.

Así, el punto requería necesariamente una valoración más amplia que la efectuada: afirmar, por un lado, que no estamos ante un accidente, y luego - contradictoriamente- valorar como creíble a un testigo que reitera que los chicos "se cayeron" -según surge de la testimonial de Grieve en el debate-, requiere de una debida fundamentación conforme a las reglas de la valoración de la prueba, lo que no se efectúa en la presente.

VIII- Por todas estas consideraciones, entiendo que la sentencia no surge de un debido análisis de la prueba, por lo que debe hacerse lugar al recurso interpuesto, y reenviar las presentes a origen para que un Tribunal debidamente integrado produzca un nuevo juicio.

Así voto.

A la misma cuestión propuesta, el Dr. Vocal Dr. GUSTAVO PIMENTEL dijo:

I.- Que, del análisis de los agravios vertidos por la recurrente, se vislumbra que su piedra basal radica, en el valor que debe atribuírsele a la declaración que brindara Jorge Ariel Grieve ante la Fiscalía, que en definitiva, se contrapone con aquélla que brindara en el debate.

Ahora bien, confrontada la sentencia en dicho punto, es posible advertir que el señor Juez de primer voto ha dado sobrados argumentos para resolver como lo hiciera, no desprendiéndose de los agravios motivación crítica contra el

razonamiento y/o que no obtuvieran oportuno tratamiento y respuesta fundada en esa instancia, siendo la postulación en esta Sede, una "mera discrepancia" con lo resuelto, lo que no habilita la aplicación de la doctrina de la "arbitrariedad" -CSJN, Fallos 286:212, 301:1218, 302:588, entre otros-.-

De esta forma, es factible establecer que, más allá de las quejas esgrimidas por la recurrente, estamos frente a una "mera disconformidad" con la forma en que el Tribunal de Juicio ha valorado las pruebas lícitamente incorporadas al debate. Ahondando sobre el punto, la Fiscalía se limita a postular una suerte de preclusión probatoria en derredor a las dos declaraciones que brindara Jorge Ariel Grieve, al entender que la rendida en la sede de la Unidad Fiscal de Federación, si bien se incorpora al debate no es luego valorada de manera integral en la sentencia. Ahora bien, sobre dicha cuestión, el Tribunal Sentenciante ha justificado el recorte convictivo que puede generar la declaración de Jorge Grieve, teniendo en cuenta precisamente el mandato procesal que priva de calidad de prueba independiente a las declaraciones rendidas en la Investigación Penal Preparatoria (art. 446 del C.P.P.E.R.).

Con dicho proceder, el Tribunal no ha hecho más que adecuar su actuación a las expresas reglas probatorias consagradas en nuestro ordenamiento adversarial. Aún en el hipotético caso que el Juez de Garantías hubiera admitido la testimonial de Jorge Ariel Grieve como prueba en la etapa intermedia, no quitaría que dicha evidencia ingresa irregularmente como prueba al proceso, y por ende, sus efectos fueron correctamente limitados para evitar el dictado de una sentencia nula (cfr. arts. 222, 249 y 457 del C.P.P.E.R.).

La potencialidad aludida en el párrafo precedente, se esgrime en la medida que, en el caso, la Sra. Jueza de Garantías de Federación, expresamente se pronunció sobre el punto aceptando la "incorporación por lectura" para el caso de que no comparecieran los testigos a debate (cfr. punto II de la resolución de remisión a juicio obrante a fs. 5vta./6).

Es más, de la propia incidencia generada al respecto, producto de la expresa oposición de la defensa a la incorporación por lectura de la prueba testimonial, la Sra. Fiscal actuante lo solicitó para el caso que no puedan comparecer los testigos personalmente a juicio o en los supuestos previstos en el art. 446 (cfr. fs. 1 vta. párrafos quinto y sexto); por lo que, si de preclusión se trata, ya desde la etapa intermedia conocía la condición resolutoria a la que estaba sujeta la incorporación de la prueba escrita -sólo ante incomparecencia-.

Amén de ello, la restricción a la incorporación sin más de las testimoniales producidas por fuera de la instancia plenaria, no sólo obedece a la concepción de que el juicio oral es el eje central del proceso bajo las reglas de un debate, público, oral, contínuo, y contradictorio; sino que hace a la esencia sistémica de nuestro ordenamiento procesal vigente, en donde a la etapa investigativa se la dota de agilidad e informalidad (cfr. arts. 226 y 285 contrario sensu del C.P.P.E.R.), con el consiguiente coste de que, cuanto se colectara, será útil probatoriamente sólo en la medida que sea reproducido en debate.

En el entendimiento de la recurrente, se pretende una elíptica incorporación por "lectura" de cuanto Jorge Ariel Grieve dijera en Federación, contraviniendo la expresa manda del legislador sobre el punto, plasmado tal improcedencia no sólo al fijarla como regla en el tercer párrafo del artículo 440 del ordenamiento ritual,

sino también al reafirmar incluso en las excepciones del artículo 446, donde la lectura tiene un objeto totalmente diverso al de convertirse por sí en generador de convicción.

Al analizar el artículo 446, previo a la modificación de la Ley 10.317, Carlos Chiara Díaz, Daniel Erbeta, Tomas Orso, Gustavo Fransceschetti, en su obra "Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos" (Ed. Nova Tesis, pág. 291/292) entienden que: "El precepto, desde sus inicios, consagra expresamente que la regla general es la oralización de las declaraciones testimoniales prestadas durante el transcurso del juicio. Los supuestos en que su incorporación puede ser suplida mediante lectura resultan de aplicación restrictiva, toda vez que dicha alternativa conspira contra la inmediación e impide un debido y eficaz control sobre el órgano de prueba.- Respecto al carácter excepcional que deben tener las disposiciones que habilitan la introducción de prueba a través de métodos no oralizados -por lectura- se advirtió que: "Las leyes procesales penales de la tendencia política autodenominada 'moderna' en nuestro país, no han respetado totalmente el carácter excepcional de este permiso (CPP Nación, 391 y 392; CPP Córdoba, 397 y 398; CPP Tucumán, 397 y 398) y han permitido, por tal razón, una interpretación extensiva por parte de los jueces, que sacaban los fines que fundan este método de juzgamiento".- Además, cabe recordar que la sentencia debe fundarse exclusivamente en la prueba producida durante el juicio, quedando excluidas todas aquellas practicadas durante la investigación penal preparatoria que no hubieren sido ofrecidas por la parte e introducidas por lectura al debate. Asimismo cabe poner de resalto una vez más que la característica central del debate es la oralidad en tanto ella posibilita en forma óptima "las virtudes individuales y combinadas de la publicidad, la inmediación, el contradictorio y la identidad física del juzgador, integrándolas en una unidad de funcionamiento en la realidad, que sólo puede separarse conceptualmente.- Por ello cualquier supuesto que no encuadre en algunos de las habilitaciones legales o que pretenda camuflarse en cualquiera de ellos traerá aparejada la nulidad de la prueba e incluso de la sentencia dictada, en caso de que la misma se hubiere fundado en la testimonial letrada...". (el subrayado me pertenece).

Cabe destacar que la modificación introducida al C.P.P. local por la ley 10.317, restringe con mayor énfasis las excepciones a la regla de la oralidad; en la original redacción -Ley 9.754-, se preveía que las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la investigación penal preparatoria, salvo: a) cuando habiéndose tomado todos los recaudos no se hubiere logrado la comparencia del testigos cuya citación se ordenó o cuando hubiese acuerdo de la Fiscalía y la Defensa manifestado en el Debate; b) a pedido de las partes, si hubiere contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el Debate o fuere necesario ayudar la memoria del testigo; c) cuando el testigo hubiere fallecido, estuviese ausente del país, se ignorase su residencia o se hallare imposibilitado por cualquier causa para declarar; d) cuando el testigo hubiese declarado por medio de exhorto o informe y oportunamente se hubiese ofrecido su testimonio. En la redacción actual -Ley 10.317-, las declaraciones testimoniales deben ser producidas en el Debate, y solamente podrán ser suplidas por las recepcionadas durante la IPP: a) cuando hubiere acuerdo de la Fiscalía y la Defensa manifestado en la etapa intermedia o en el

debate; b) a pedido de las partes, si hubiere contradicciones o variaciones entre ellas y las prestadas en el debate o fuere necesario ayudar la memoria del testigo. En este caso, la lectura de aquellas piezas no será prueba, sino que sólo tendrá por objeto ayudar la memoria del testigo o evidenciar inconsistencias; c) cuando se tratase de un anticipo probatorio.

La nueva redacción del CPP no deja duda alguna que jamás podrá ser prueba una testimonial prestada durante la IPP, si el testigo declaró en el Debate.

Eduardo Jauchen, en Tratado de la Prueba Penal en el Sistema Acusatorio Adversarial (Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 554/558) sostiene que: "El sistema requiere de manera ineludible que todo testigo declare personal y directamente ante el tribunal del juicio, única forma de respetar los principios de inmediación, oralidad y publicidad, como también que pueda ser sometido al contradictorio de todas las partes ante el interrogatorio cruzado de ellas. Por otro lado, la convicción del tribunal debe formarse mediante la percepción directa de sus declaraciones, apreciando no sólo el contenido de su relato, sino la forma en que se expresa, sus gestos, movimientos, miradas, pausas, silencios, titubeos, contradicciones y demás manifestaciones de su rostro y su cuerpo, todo lo cual es útil para mensurar la veracidad o falsedad con la que se conduce. Por lo tanto, la declaración del testigo no puede ser sustituida por la lectura de las actas, registros o documentos en que consten declaraciones suyas anteriores, sean prestadas en la policía, ante el fiscal durante la investigación o extrajudicialmente (cf. arts. 325, 325 bis y 326 del CPPSF; arts. 198, 199, 255 y 256 del NCPPN; arts. 325, CPPCH; y 334, inc. 1º, CPPCHI).- Tal principio es imperativo, además, de la garantía autónoma que tiene todo acusado en sede penal de interrogar directamente por sí o por intermedio de su defensor a los testigos de cargo como aquellos que declaren a su favor, conforme expresa normativa de los artículos 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..." (el subrayado me pertenece). "En el CPPSF se dispone en su artículo 326 que en ningún caso el juez ordenará "la lectura de actas de la Investigación Penal Preparatoria". Sólo podrá usarse en la sala de juicio por los litigantes, previa autorización del tribunal, los documentos, dictámenes periciales, actas o cualquier otro soporte técnico en que se hayan registrado actos o manifestaciones con anterioridad al juicio, en caso que un testigo o intérprete olvide información relevante o para confrontarlas con su declaración actual. Del mismo modo está previsto en los artículos 198, 199, 255 y 256 de NCPPN.- Este principio, conforme al cual los testigos, peritos y acusados deben declarar personal y directamente en la audiencia del debate oral ante el tribunal, acepta, en las diferentes legislaciones y doctrinas, algunas excepciones que resultan, cada una de ellas, ineludibles, en razón de los fundamentos que las sustentan con base en las características que las circunstancias presentan, a saber: a) Los supuestos de declaraciones prestadas como actos definitivos e irreproducibles, denominadas también como anticipo de prueba en algunas legislaciones (cf. arts. 260 y 282, CPPSF). b) Cuando la no comparencia de testigos, peritos o coimputados fuere imputable al acusado, reprochabilidad que deberá ser previa y debidamente acreditada (cf. art. 331, inc. c, CPPCHI). El fundamento radica en que nadie puede aprovecharse de su propia conducta dolosa o fraudulenta. c) Cuando se trate de declaraciones prestadas por

coimputados ante el fiscal de investigación o juez de garantías durante la investigación y hubieren sido declarados rebeldes en el juicio oral (cf. art. 331, inc. d, CPPCHI). d) Cuando siendo interrogado el testigo no recordare ciertos hechos o incurriere en contradicciones con respecto a declaraciones anteriores (cf. art. 325, CPPCH, y art. 334, inc. 1º, CPPCHI). En estos supuestos se le podrá leer el o los párrafos de sus declaraciones previas a fin de ayudar su memoria, o bien para poner de resalto la o las contradicciones entre su declaración actual y la previa. Sin embargo, cómo ya se adelantó, sólo constituirá prueba la declaración prestada oralmente ante el tribunal con sus aclaraciones o contradicciones, pero nunca el contenido de sus declaraciones previas leídas en la audiencia, sirviendo éstas sólo para reafirmar el contenido de sus declaraciones en el juicio o para introducir dudas en relación con la veracidad de ellas..." (el subrayado y remarcado me pertenece).

En definitiva, no debe perderse de vista que las reglas fijadas en el en el régimen probatorio no son otra cosa que la forma en la cual se prevé la recolección de información dentro del proceso y su respeto precisamente hace a la garantía del debido proceso y pone freno a cualquier abuso.

Así se ha dicho que "La incorporación de las pruebas que luego serán valoradas por el juzgador debe hacerse en base a un método legal, con estricta observancia de las garantías constitucionales, toda vez que éstas impregnan la investigación penal. Por ello es que, si se afectan esas garantías o se violenta el procedimiento establecido en la recepción del material probatorio, la evidencia quedará privada de todo valor y no podrá ser parte del plexo probatorio destinado a formar la convicción sobre la cual el sentenciante deba fundar su decisión (cfr. Chaia, Rubén, La prueba en el proceso penal, p. 117, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010).

Bajo este entendimiento, el Tribunal ha adecuado su proceder a la normativa de rito, señalando incluso las especiales circunstancias que en el caso se dieron respecto de Jorge Ariel Grieve, donde estuvo completamente ausente todo control de parte en la recepción del testimonio (cfr. a todo evento testimonial de fs. 81/vta.), por lo que no ha de prosperar el agravio vertido sobre este punto.

II.- Sentado ello, estimo de igual modo que el resto de la valoración que se ha hecho en la sentencia atacada, lejos de resultar arbitrario por falta o defectuosa fundamentación -sea esta "aparente", "insuficiente" o "defectuosa"-, siendo por el contrario un constructo explicativo autosuficiente de sucesos pasados analizados bajo el prisma de la "sana crítica racional", sin que las tachas argumentales dirigidas por el casante puedan tener cabida a punto tal de invalidar sus conclusiones.

Así, sopesados en su justa dimensión los testimonios rendidos en juicio, y teniendo en consideración que el Tribunal interviniente se limitó a cuanto aconteciera en su presencia -toda vez que los actos realizados en el anterior debate carecen de toda eficacia en virtud del efecto difusivo de la nulidad dictada por la Cámara de Casación en la Resolución 81/2.014-, no se aprecia la intervención de Sosa y Grieve reclamada por la recurrente.

La testigo Cañete, quien ocupara una posición privilegiada en el lugar (ubicada en la esquina del Hospital y de frente a al suceso), ve la piedra que impacta contra los ocupantes de la moto, la dirección desde donde es arrojada (izquierda), el lugar

desde donde salieron quienes la arrojaron (de la escalera del hospital, al lado de la guardia), pero no sindica a los imputados como los agresores, es más, respecto de Jonhatan Grieve expresamente reconoció haber mentido por su atribución (habiendo sido condenada por falso testimonio sobre tal punto).

Los dichos de Salazar tampoco permiten siquiera de manera indiciaria afirmar la autoría reclamada, toda vez que, no sólo expresamente niega haber presenciado el hecho -ocurrió mientras estuvo dentro de Hospital por un intervalo de entre quince y veinte minutos-, sino que cuanto hubiera escuchado decir por Cañete ("fueron los Grieve") no sólo ya fue aclarado los alcances de tal afirmación por quien lo hiciera; sino que, además, la atribución genérica por el patronímico pierde precisiones cuando los testigos reconocen la congregación de gente en el lugar producto del accidente de un pariente de dicha familia. Por otra parte, el hecho de que el imputado Grieve haya lanzado una piedra en su presencia no dirigida a personas ni lugar específico, lo hace por esa sólo circunstancia acreedor de todas aquéllas que se tiraran o pudieran haberse tirado en el lugar y en cualquier tiempo.

Lo supra sostenido proyecta sus efectos sobre cuanto declarara Montenegro, haciendo hincapié aquí el Tribunal de grado en orden a lo que éste declaró y cuanto puede predicarse de ello. Sobre el punto, la cantidad de personas existentes en el lugar y la sólo ubicación del imputado Grieve -a la derecha al decir de Montenegro - sin adunarla a maniobra agresora alguna, no les resultó al sentenciante -ni creo resulta- suficiente para tener por acreditado que haya sido él y no otro el que arrojara el elemento contundente contra la humanidad de Irrazabal.

De igual modo, los restantes testigos no arrojan luz sobre la posible autoría, redireccionando a lo sumo a cuanto pudieran saber las personas supra aludidas o a comentarios sin contrastación.

Por otra parte, el Tribunal también se hace cargo de desechar el pedido de formación de causa por falso testimonio respecto de Jorge Ariel Grieve, dando los motivos por los cuales considera que ello no ha acontecido en lo depuesto en audiencia de debate y otorgando veracidad a los dichos allí vertidos, aportando acabados argumentos para sopesar tal entender, siendo éstos atendibles.

Sobre el particular el Máximo Tribunal Provincial ha dicho "que el contralor casatorio no puede soslayar los aportes que surgen de la inmediatez, derivada de la relación personal directa de los miembros del tribunal de mérito con los testigos sobre la veracidad y la contundencia de las expresiones, la forma del relato y la razón de los dichos, establecidas por los sentenciantes de grado, los que en el caso son inequívocos, han sido debidamente justificadas y desde aquí no deben ser sustituidos por imposiciones indirectas resultantes de constancias escritas y parciales, por lo tanto está excluido del control revisorio la credibilidad que le asignan los miembros del Tribunal a quo a los testigos que depusieron en la audiencia de debate" -"SCHENBERGER", Sala Penal, STJER, 18/03/09, con cita de "BURGOS", Sala Penal, STJER, 04/11/06, "LOPEZ", Sala Penal, STJER, 11/02/09-.-

En similar sentido se despachó al sostener la imposibilidad de revisión en esta instancia al afirmar: "no es posible revisar en esta instancia ad quem la impresión directa y el poder de convicción que obtuvo el tribunal del juicio de la declaración

del testigo, toda vez que la apreciación fundamentada acerca de la veracidad o mendacidad de los testigos es una materia reservada a los jueces del juicio y cae dentro de lo no modificable por este recurso, dada la importancia reconocida a la vigencia del principio de inmediación correlato imprescindible de la oralidad- que intenta resguardar y priorizar el contacto directo que tiene el juez con los sujetos procesales y con los elementos de prueba, lo que determina sus plenas posibilidades de captar con sus sentidos las expresiones, reacciones, gestos, solvencias de las respuestas de quienes son interrogados en el curso del debate oral y que, por su propia esencia y naturaleza, resultan ajenas al ámbito de la revisión del Tribunal ad quem, porque carece de ese contacto con las pruebas. Ello implica un límite natural al recurso de casación, siempre y cuando el razonamiento del fallo sea acorde a las reglas de la lógica, el sentido común, los conocimientos científicos y el correcto entendimiento humano" -"BALLESTEROS", Sala Penal, STJER, 06/11/13- postura coherente con la asumida por la CSJN al delinear los límites de la revisión casatoria: "el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable. Que formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación" -"CASAL", 20/09/05-.-

Zanjado ello, y teniendo en consideración que el Tribunal de Casación no está llamado a sustituir a los Jueces de grado en la justa resolución del conflicto, sino a revisar y corregir eventuales arbitrariedades, tampoco se vislumbra en el caso, que en la sentencia exista el recorte valorativo reclamado por la recurrente, ya que se argumentan de manera suficiente los motivos por los cuales si bien se afirma la existencia de los hechos -avalando la mecánica por la cual Alexis Irrazabal perdiera su vida y Marcelo Montenegro corriera riesgo de ello, todo producto del impacto de sendas piedras recibidas en la zona craneal cuando se desplazaran en motocicleta-, no puede sin embargo atribuir la autoría a Brian Sosa y Jonhatan Grieve.

No caben dudas que se está ante un hecho de extrema gravedad, donde una persona perdió su vida y otra estuvo al borde de ello -con una modalidad comisiva cuasi proditoria-, mas ello no autoriza a cargarlo a una persona por el sólo hecho de ubicarla en el lugar -cuando no era la única- y cuando la atribución delictiva expresamente ha sido diseccionada y mantenida de manera naturalística y no como obra de un plan común (resultando llamativo por lo demás, que quien sí aparece como posible instigador, sólo fue citado como testigo en la IPP). En este carril argumental, la cavilación puesta de resalto por el Tribunal de Juicio para arribar a una falta certeza conclusiva en derredor a la autoría, ha sido debidamente motivada; y la desincriminación que es su consecuencia, no puede ser considerada entonces arbitraria.

III.- Por último, en lo que refiere al cercenamiento probatorio alegado en el transcurso del debate al no hacerse lugar a la cuestión incidental tendientes a recibir testigos propuestos por la Sra. Fiscal, cabrá reeditar aquéllos argumentos esbozados por este Cuerpo al momento de resolver la medida excepcional de prueba de fs. 172/vta., reafirmando que en los alegatos de clausura rendidos expresamente la recurrente reconoce que Miguel Depretto es quien brindó el dato por el que se lo cita como testigo a "Coque" Grieve, haciendo perder dicha

afirmación el carácter de novedoso del testimonio pretendido -sin perjuicio de que cuanto podría aportar es sobre la posible presencia en el lugar de Jorge Ariel Grieve, lo que no fuera negado por éste), luciendo entonces sobreabundante. En lo que respecta a Mariano Depretto, Ariel Ferreyra y Francisco Figuerdo, lo vago de su sindicación ("algo había visto") impide sobrepasar el límite mínimo para evaluar la pertinencia de su citación, por lo que la decisión del Tribunal deviene ajustada a las previsiones del art. 438 del ordenamiento adjetivo.

En función de lo expuesto habré de propiciar el rechazo del recurso de casación intentado y con ello, la confirmación de la sentencia atacada.-

Así voto.-

A la misma cuestión, propuesta, el Dr. ALEJANDRO GRIPPO dijo:

Que adhiere al voto del Dr. Pimentel, por análogas consideraciones.

Así voto.-

A mérito de lo expuesto, y por mayoría de sus integrantes, la Sala I de la Cámara de Casación de Paraná resolvió dictar la siguiente

S E N T E N C I A:

I. NO HACER LUGAR al Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Francisco Rafael Ledesma, Representante del Ministerio Público Fiscal (cfr. fs 124/148), contra la sentencia obrante a fs. 88/119, emanada del Tribunal de Juicios y Apelaciones de Concordia, la que en consecuencia SE CONFIRMA.-

II- DECLARAR las costas de oficio -art. 584 y ccs. CPPER-.-

III- Protocolícese, notifíquese, regístrese y en estado, remítase al tribunal de origen.-

GUSTAVO PIMENTEL MARCELA BADANO ALEJANDRO GRIPPO (en
disidencia)

Ante mi:

CLAUDIA ANALIA GEIST

-Secretaria-

Se protocolizó. Conste.-

Claudia A. Geist

-Secretaria-