

REGISTRO Nro: 17.830

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 23 días del mes de diciembre del año dos mil diez, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor W. Gustavo Mitchell como Presidente y los doctores Guillermo J. Yacobucci y Luis M. García como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado de la C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 472 y vta., con fundamentos a fs. 485/497, de la causa nç 12.751 del registro de esta Sala, caratulada: "Chávez, Erica Karina y otros s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y la defensa oficial por la doctora Laura Beatriz Pollastri.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores Luis M. García y W. Gustavo Mitchell, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nç 6 de esta ciudad, en lo que aquí interesa, resolvió: I) condenar a Erica Karina Chávez a la pena de tres años de prisión y costas por considerarla coautora penalmente responsable de la tentativa de robo agravado por el uso de arma y declararla reincidente; III) condenar a Facundo Daniel Albarado a la pena de 2 años y ocho meses de prisión, cuyo cumplimiento se deja en suspenso y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable de la tentativa de robo agravado por el uso de arma; IV) Condenar a Mariano Ismael Rodríguez a la pena única de tres años de prisión cuyo cumplimiento se deja en suspenso y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable de la tentativa de robo agravado por el uso de arma.

Contra dicho decisorio, la defensa interpuso recurso de casación a fs. 501/515, el que concedido a fs. 516 y vta., fue mantenido en esta instancia a fs. 520.

2º) Que la defensa indicó que de la prueba rendida durante el debate, el *a quo* ha fundamentado su parecer condenatorio en *“...los dichos del único testigo de cargo directo del hecho que conforma el objeto de estos obrados, pese a que aquél solamente declarara ante la prevención policial y, obviamente, no se logró su comparencia al debate.”*(fs. 507 vta.).

En efecto, sostuvo que *“...la condena se apoya en los dichos de los policías Salazar y Cuenca, quienes -no está de más decirlo- nada vieron del hecho y todo lo que saben y dijeron fue porque se los contó el damnificado Terzano, ausente en el debate”*.

Expresó que todos los detalles brindados por las declaraciones de los preventores tienen razón en los dichos del damnificado, adquiriendo relevancia al considerar la versión de los hechos brindada por sus asistidos. Ellos reconocieron *“...haber estado en el lugar y que se produjo una pelea con Terzano como consecuencia de que éste pretendió robarles algunos de los bienes que tenían para luego vender. Este aspecto es importante pues reconoce una justificada presencia de mis asistidos en el lugar y, al mismo tiempo exhibe una deficiencia lógica en la fundamentación de la sentencia.”*(fs. 508).

Se agravió por considerar que la sentencia, por un lado, descalifica *“...los dichos de mis asistidos a partir de los del policía Salazar y luego se utiliza esa misma condición de vendedor ambulante casi como móvil determinante de la selección de la víctima, a quien -por cierto- el policía tampoco reconoció como vendedor de la zona del hecho.”* Evidentemente, para la defensa, el tribunal se apoya en todo lo declarado por el damnificado a los policías (el reconocimiento de los imputados, el hallazgo del cuchillo, que Salazar no pudo reconocer en la audiencia, y el secuestro de las mercaderías) y, asimismo, *“Estas cuestiones resultan extensibles a la supuesta falta de los bienes que mis asistidos tenían -según su descargo- al momento de ser detenidos”*(fs.509).

Citando una causa en la que intervino su defensoría, recordó *"...lo peligroso que resulta confiar en arribar a veredictos condenatorios sin los testigos presenciales..."*. Es que a raíz de la vigencia y jerarquía de los tratados internacionales suscriptos, dijo que la jurisprudencia *"...fue girando en torno a la exigencia de poder interrogar a los testigos de cargo, como una contrapartida propia de los derechos fundamentales en juego en el proceso penal -en especial, la libertad-, para garantizar no sólo la posibilidad de interrogarlo, sino también, que el acusado escuche del propio damnificado la acusación que le dirige."* (fs. 509 vta.).

Por otro lado, consideró que el *a quo* ha realizado un esfuerzo de fundamentación para presentar los testimonios de los preventores como presenciales del hecho en cuestión o, en otro orden de ideas, como elementos de juicio independientes, siendo que *"llega a afirmar -entiendo que dogmáticamente- que resultan testigos directos del hecho, para pretender restarle valor probatorio dirimente a los dichos del damnificado Terzano. No obstante, recurre, como no podía ser de otro modo, al testimonio de aquél para cerrar el cuadro probatorio de cargo, previo obviamente a justificar su incorporación por aplicación del art. 391.3 CPPN con cita de fallos que extrae de la Cámara de Casación Penal en apoyo a tal postura y que descartarían la aplicación al subexamine del precedente 'Benitez' de la Corte."*

Afirmó la defensa que el fallo resulta arbitrario puesto que *"...no explica ni razona porque el citado precedente del tribunal cimero no resulta aplicable a estos obrados."* En efecto, fundamentalmente, el agravio de la defensa *"...no gira en torno a la procedencia formal de la incorporación por lectura de la declaración del damnificado..."* sino a *"...si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal."* Para la defensa, los esfuerzos para hallar a la víctima no son suficientes para subsanar la lesión al debido proceso, circunstancia

que hizo que *“...esta parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba.”* (fs. 510) ya que Terzano nunca declaró ante una autoridad judicial.

Los dichos del damnificado, para la defensa y contrario a lo aseverado por el *a quo*, sí fueron tenidos en cuenta al resolver constituyendo un aspecto *“...llamativo pues es el propio tribunal el que afirma al comenzar la fundamentación de su parecer que los dichos de los preventores eran contundentes, alcanzaban para fundar su convicción y hasta se animaron a aventurar que eran testigos directos”,* debido a que con su declaración *“...no alcanzaba para tener por cierto y con el grado de certeza requerido por una sentencia condenatoria que las cosas no pudieron ocurrir de un modo diferente.”* (fs. 511).

Al momento de considerar el encuadre jurídico del accionar, para la defensa, el tribunal *“sin ningún reparo echa mano lisa y llanamente a los dichos del damnificado primero para hablar de una división de funciones, luego para afirmar que lo rodearon simulando ser amigos y luego que lo intimidan mediante el uso de un cuchillo. Y es que no podía ser de otra manera pues la única forma que tenía para justificar el desarrollo de la mecánica del suceso era apoyarse en lo declarado por la víctima... no recurrió a los contestes dichos de los policías, pues estos nada podían brindarle acerca de las precisiones que necesitaban...”*

Remarcó que el mismo tribunal en el párrafo final del considerando 2º reconoce, si bien con la intención de no agravar aún más la calificación jurídica atribuida a sus defendidos, que hubiera sido *“...necesaria la comparencia del damnificado para clarificar cuestiones propias del hecho.”* (fs. 511 vta.), máxime teniendo en cuenta que ellos brindaron una versión que difiere de la presentada por Terzano –circunstancia que coincide con los hechos de la causa “Benítez” antes citado.

Por otra parte, criticó al *a quo* en cuanto consideró que los testimonios de los preventores no superan el estándar de testimonio “de oídas” o *ex auditu*, esto implica para la querrela que *“...lo que se relata no es el hecho que se investiga o se pretende demostrar, sino la narración que sobre éste han hecho*

otras personas... Este testigo es transmisor indirecto del elemento probatorio buscado en el proceso y no es testigo en sentido propio." (fs. 512 vta.), circunstancia que le hace perder gran parte de su fuerza probatoria al ser un elemento de prueba complementario. Asimismo, esto implica la violación de los derechos de defensa en juicio, del debido proceso y de interrogar a los testigos (arts. 18 de la CN, 8.2.f de la CADH y 14.3.e del PIDCP).

Por último, se agravó la defensa en que luego de disponerse la incorporación por lectura de la declaración testimonial de Terzano, y tras haber interpuesto la defensa un recurso de reposición resuelto en forma contraria a su pretensión por mayoría, quedando el Dr. Noceti Achaval en minoría, ni en el acta de debate ni en la sentencia se ha consignado el parecer de ese voto disidente.

Aquí resaltó que, si bien *"...no se le puede atribuir a esta falencia una cuestión dirimente pues la suerte de aquella decisión estaba decidida con el voto mayoritario, también lo es que es harto demostrativo de la falta de fundamentación que exhibe el fallo en crisis."* (fs. 514) y que los argumentos tenidos en cuenta por el juez que quedó en disidencia resultan ser una cuestión medular dentro del planteo de la defensa.

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 *ibídem*, el señor fiscal Ricardo G. Wechsler se presentó a fs. 523/525 vta., sosteniendo en primer término que *"Resulta necesario ponderar el esfuerzo puesto de manifiesto por el Tribunal, conducente a lograr la efectiva comparencia a la sala de audiencias de Julio Ariel Tarzano..."*. Con cita de jurisprudencia respaldatoria, consideró que el tribunal, luego de adoptar todas las medidas para dar con el paradero del damnificado sin suerte, bien puede incorporar por lectura sus declaraciones recibidas en sede policial, no advirtiéndose objeciones al respecto.

Para el fiscal, no se advierte *"...limitado el derecho de defensa en juicio por la imposibilidad del recurrente de formular el debido interrogatorio,*

entendiendo que lo que se reclama es la nulidad por la nulidad misma, por cuanto no se demuestra el perjuicio ocasionado por actividad del Tribunal Oral, ni como podría haber sido conmovido el cuadro de situación que se ha tenido por probado.”

En cuanto al agravio defensorista sobre que el testimonio de los agentes de la prevención no superan los estándares del testimonio *ex auditu*, el fiscal remarcó que *“...no se advierte en la legislación procesal la existencia de norma legal alguna que restrinja la declaración de personas que depongan sobre sucesos que conocieron a través de referencias de terceras personas.”*

Por otra parte, manifestó que *“...no se ha realizado una crítica concreta y completa de la sentencia, no bastando la enunciación de los agravios sin fundamentar las razones que lo originan.”* y que la sentencia recurrida *“...cuenta con los fundamentos necesarios y requeridos para todo pronunciamiento judicial, de acuerdo a las prescripciones de los arts. 123 y 404 del C.P.P.N.”*

4º) Que se dejó debida constancia de haberse realizado la audiencia prevista en el art. 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal, estimo que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible teniendo en cuenta lo normado en el art. 456, inc. 2º, del Código Procesal Penal de la Nación, toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el impugnante invocó la errónea aplicación de la ley procesal.

Las cuestiones que se alegan como arbitrarias, atento a su naturaleza, serán resueltas de acuerdo a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal, Matías Eugenio” (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5º del voto de los jueces

Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11° del voto del juez Fayt, y considerando 12° del voto de la jueza Argibay).

La jurisdicción de revisión quedará entonces circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; vide también consid. 12°, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Por lo demás, el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 y el escrito presentado cumple los recaudos previstos en el art. 463 del código ritual.

-III-

Conviene desde un inicio recordar los hechos que el tribunal de juicio tuvo por probados. En este sentido, el *a quo* consideró que de acuerdo a las probanzas reproducidas durante la audiencia del debate, tiene por acreditado que *"...los acusados Erica Karina Chávez, Mariano Ismael Rodríguez y Facundo Daniel Albarado, junto a una cuarta persona, intentaron sustraer a Julio Ariel Terzano, mediante violencia física en las personas y exhibiendo un cuchillo, una bolsa de plástico que contenía veintiocho revistas de entretenimiento, suceso que tuvo lugar el 13 de abril de 2009, aproximadamente a las 13.00 horas, en las inmediaciones de las calles Salta entre O'Brien y Pedro Echagüe de esta ciudad."*

Las circunstancias en las que este hecho ocurrió fueron las siguientes: mientras caminaba por el lugar, Terzano *"...fue sorprendido por cuatro personas -una de sexo femenino-, quienes luego de arrinconarlo, mediante la utilización de un cuchillo, el que blandieron, lo amenazaron, obligándolo a entregar la mencionada bolsa con su contenido, para luego darse a la fuga, en dirección a la plaza Constitución. Se ha establecido además que, luego de ello, el damnificado siguió de cerca de este grupo de personas sin perderlos de vista, hasta que pudo anotar al personal policial de lo sucedido en el interior de*

aquél paseo público, distante aproximadamente, a unas tres cuadras del lugar del hecho. Se ha acreditado también que, con los datos aportados, dos agentes del orden salieron en persecución de los imputados a quienes detuvieron en las cercanías de las calles Lima y Cochabamba de esta ciudad, en momentos en que se encontraban revisando los objetos sustraídos. En dicho sitio se produjo el secuestro del cuchillo utilizado para lograr el desapoderamiento de los bienes de la víctima y allí ésta también reconoció, no sólo dicho objeto, sino también, como de su propiedad, las revistas secuestradas y a los demorados, como los autores del suceso que padeció.”(fs. 487 vta.).

En lo sustancial, el *a quo* consideró por un lado, que los hechos que se tuvieron por acreditados encontraron sustento en las concordantes y firmes manifestaciones del personal policial que intervino en el episodio, no sólo recibiendo la denuncia del damnificado, sino siguiendo y deteniendo a escasa distancia a las personas que fueran señaladas por éste como las autoras del suceso. Y por el otro, sumó a ello *“los dichos del damnificado”* afirmando que *“corresponde valorar sus expresiones máxime cuando no hacen más que corroborar los dichos del personal policial que compareció en la audiencia y el resto de la prueba obtenida”*. Finalmente, interpretó que completan el cuadro probatorio, las actas de detención y de lectura de derechos (fs. 4, 5, 6, y 7), el acta de secuestro (fs. 8), el croquis (fs. 9), las vistas fotográficas que ilustran los objetos secuestrados (fs. 45/46) y el informe pericial realizado sobre cuchillo secuestrado (ver fs. 44).

-IV-

La defensa centra su agravio en la circunstancia de que el damnificado sólo declaró ante personal policial, no pudiendo ser localizado para prestar declaración tanto en la instrucción, como en el debate. La queja traída por la parte, de todos modos, no versa solamente sobre la procedencia formal de la incorporación por lectura de una declaración testimonial -cuestión reglamentada

por nuestro Código de rito en el artículo 391- sino, en sus palabras, sobre *"...si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal."*

El modelo de enjuiciamiento que regula el caso bajo examen en nuestro ordenamiento normativo -a diferencia del juicio abreviado- requiere de la existencia de un debate oral y público a través del contradictorio entre las partes, como presupuesto para que el tribunal de juicio adopte la decisión final. Esa instancia de confronte es la vía exigida por el legislador para que la parte acusadora tenga la posibilidad de demostrar la imputación y el procesado pueda ejercer sus derechos a la defensa en juicio y el debido proceso. Dentro de esos derechos, reviste naturaleza básica o primaria la posibilidad del acusado de controlar la prueba de cargo.

Tengo dicho que *"Ese control no se reduce a la simple observación o revista de los elementos de juicio presentados en su contra sino a la posibilidad efectiva de actuar sobre ellos. En particular, claro está, si se trata de una prueba dirimente, es decir, aquella que define la imputación de responsabilidad como es, ...la remisión del tribunal a quo a declaraciones y documentos desenvueltos en ajena jurisdicción (cfr. mi voto en "Turco, Rolando Javier s/ rec. de casación", C. 9737, R. 16.516 del 2 de junio de 2010 -el subrayado lo agrego ahora).*

En tal sentido, el art. 8 de la CADH establece, entre las garantías mínimas del proceso, *"el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentados en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos"* -apartado 2, f).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido, con cita de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Casos *Barberà, Messegué and Jabardo*, Sentencia del 6.12.1998, Series A no. 146, párr. 78 y *Bönisch*, del 6.05.1985, Series A no. 92, párr. 32), que *"dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con*

el objeto de ejercer su defensa". Por eso ha concluido que *"la imposición de restricciones a los abogados defensores de las víctimas vulnera el derecho, reconocido por la Convención, de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos"* (Cfr. Caso Castillo Petruzzi, Sentencia del 30.05.1999, párrafos 154/156).

Así, en el contexto de administración de la prueba, el procesado tiene el derecho de poder contradecir e interrogar a quien formula la imputación y, si bien esto no inhibe *per se* la obtención e incorporación de elementos de juicio en instancias diferentes a las del debate, siempre debe constatarse que esta adquisición no haya sido contraria a las garantías de la defensa.

Desde esa perspectiva, debe recordarse que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a través de la Observación General n°32 de agosto del 2007, ha señalado, interpretando el apartado e) del párrafo 3 del art.14 del Pacto de Derecho Civiles y Políticos, que *"...como aplicación del principio de igualdad de medios, esta garantía es importante para asegurar una defensa efectiva por los acusados y sus abogados y, en consecuencia, garantiza a los acusados las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer e interrogarlos y conainterrogarlos que las que tiene la acusación"*.

Sobre esos presupuestos ha precisado que si bien esa exigencia no otorga un derecho ilimitado a obtener la comparecencia de cualquier testigo, debe asegurar *"la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo e impugnar sus declaraciones en alguna etapa del proceso"*. De esa forma, aún dejando *"a los poderes legislativos nacionales de los Estados Partes determinar la admisibilidad de las pruebas y la forma en que han de ser evaluadas por los tribunales"* (OG. N°32, párrafo 39), la existencia de una oportunidad útil de control y confronte es un límite insoslayable para respetar aquella garantía, que ha de operar necesariamente sobre la procedencia y valoración de las pruebas de cargo.

El recurrente ha motivado sus agravios precisamente en la imposibilidad de ejercer los derechos antes indicados sobre una prueba que, dentro de la argumentación desenvuelta por el *a quo*, se ha presentado como dirimente,

pues ha sido central para decidir las condenas.

El tribunal de juicio ha entendido, al momento de incorporar por lectura contra la expresa oposición de la defensa, el testimonio recogido en sede policial de Terzano, que la normativa procesal establecida en el art. 391 inc. 3° del C.P.P.N. prevé tal posibilidad *"cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar"*. Sin embargo, ya he sostenido que en esos casos no se trata de evaluar la legalidad o conveniencia de la referida norma *per se*, sino de considerar si ésta entra en colisión, de acuerdo con el cuadro probatorio con el que se cuenta, con las garantías constitucionales que atienden a los imputados. Dicho de otro modo, la fundamentación en el derecho procesal de la incorporación del testimonio de Terzano como elemento de prueba es sin duda un requerimiento necesario, pero no por ello suficiente para preservar, en este caso, las garantías a las que alude el recurrente y que tienen naturaleza constitucional.

Por eso, su operatividad como medio de prueba queda limitada al respeto por la garantía del debido proceso y la defensa en juicio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado en esa línea (cfr. B.1147.XL, "Benitez, Anibal Leonel s/ lesiones graves" -causa n°1524) que es violatoria de esa garantía la utilización de una base probatoria sobre la cual no se *"...haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba"*. Ha señalado que *"...lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de la defensa del acusado"* (el subrayado me pertenece), remitiendo en esa aseveración al caso *Unterpertinger vs. Austria*, serie A, n°110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, párr.31, del TEDH.

En esa misma línea estableció, con cita del caso *Säidi vs. Francia* Serie A, n°261-C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, parr.41, del TEDH,

que el derecho de examinar exige que el imputado haya tenido *“una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra”*.

Por eso, la incorporación del testimonio de la víctima, obrante a fs. 13, si bien posee la naturaleza de un documento público al haber sido efectuado en sede policial, sin embargo, esa circunstancia por sí misma no indica que se haya dado satisfacción a los derechos de la defensa en el juicio que se llevó a cabo. Por lo señalado, lo expuesto en aquella instancia, es decir sus dichos en sede policial, no pueden ser incorporados al debate como elemento integrante del cuadro probatorio ya que no sirven para atender a las demandas de control de la defensa, que es lo que en definitiva está en juego.

Esto se deja ver aún con mayor evidencia en tanto no se advierte de parte del *a quo*, y en contrario a lo precisado por los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ningún esfuerzo de ponderación sobre los presupuestos de la idoneidad probatoria que le otorga a esas referencias del damnificado, a pesar de que resultan una prueba dirimente para resolver el caso, como se verifica en la sentencia a partir de fs. 491.

Así, se limitó a sostener que *“...el Tribunal, por mayoría, decidió incorporar al debate los dichos de Julio Ariel Terzano que fueron vertidos durante la instrucción del sumario; ello por darse la situación de excepción aludida por el artículo 391, inciso 3º, del C.P.P.N.”*, concluyendo que *“...las circunstancias particulares del caso nos alejan de la situación que tuvo en consideración nuestro máximo Tribunal cuando resolvió ‘Benítez’, en el cual se llegó, de adverso al presente, al dictado de la sentencia de condena sin canal independiente alguno que justifique la decisión jurisdiccional adoptada.”* (fs. 489 vta. y 490). Con cita de jurisprudencia, estimó que *“...decidida la incorporación al debate de los dichos del damnificado corresponde valorar sus expresiones, máxime cuando no hacen más que corroborar los dichos del personal policial que compareció en la audiencia de debate y el resto de la prueba obtenida.”* (fs. 491).

La argumentación del tribunal de juicio resulta inconsistente ya que

afirma que la versión de Terzano corrobora los dichos de los preventores cuando en verdad estos son los receptores de la denuncia sobre un suceso cuyas características definitorias sólo son aportadas por quien se identifica como víctima del desapoderamiento de los objetos encontrados en poder de los detenidos.

Conforme con ese relevamiento, entiendo pues que la asistencia letrada lleva razón al sostener que no ha tenido oportunidad de ejercer el derecho de defensa sobre esa prueba determinante, en particular, el art. 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*"derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos"*) y el art. 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*"interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo"*). Esto es evidente sobre todo cuando esa declaración en cuestión ha sido decisiva en el fallo para tener por acreditados los contornos del injusto típico y la responsabilidad penal de los imputados en los hechos así caracterizados.

La prueba testimonial, que en el caso se muestra como dirimente más allá de las referencias del tribunal oral, debió ser sometida al contradictorio para gozar de plena validez y eficacia, posibilitando el control de la defensa. Pero, como esto no ha sucedido, la argumentación de la condena fundada de manera decisiva en esas referencias, no resulta apta, como se verá, para sostener la responsabilidad penal de los imputados de acuerdo a los estándares de la sana crítica.

En efecto, la prueba determinante de la imputación debe ser sometida en alguna instancia útil al control de la parte acusada y, por ende, la incorporación a juicio de la declaración en sede policial de Terzano ha sido en infracción al derecho de defensa de los imputados, por lo que adelante se debe evaluar la

condena impugnada con prescindencia de esa versión.

Justamente, zanjada la cuestión sobre aquel testimonio, entiendo que el Tribunal Oral no ha logrado fundar la imputación con los restantes elementos de juicio, de manera consecuentemente con los criterios y consideraciones que respetan la sana crítica racional de acuerdo con la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal”. En esa línea, una vez aplicadas las reglas heurísticas que neutralizan los dichos de Terzano, la prueba residual sobre lo acontecido no se ha mostrado idónea en la argumentación del *a quo* para reconstruir con certeza el modo en que ocurrieron los hechos.

Al respecto, la Corte Suprema, en el precedente “Casal” ha hecho remisión al método histórico como referencia idónea para el análisis que la jurisdicción desenvuelve sobre hechos que debe reconstruir a través de la intermediación probatoria, descartando pues el simple convencimiento personal de los jueces. De esa forma recordó que *“...se exige como requisito de la racionalidad de la sentencia, para que ésta se halle fundada, que sea reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado”* (considerando 28).

En sentido aún más preciso remitió al método de la ciencia histórica pues *“...se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método -camino- para ello es análogo... este camino [tiene] cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis.por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho”*. Ese primer paso ha sido desconocido en la sentencia al asumir la versión de Terzano ahora desvinculada de la argumentación de acuerdo a lo planteado por la defensa en su recurso.

A partir de esa instancia deben desarrollarse los pasos restantes. Al respecto la Corte indica que *“Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o*

sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado. (...)Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: (...) está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes. (...) La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método. (...) La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. (...)” (Considerando 30).

El control de la Casación se ejerce justamente sobre el efectivo respeto por el método en la fundamentación del fallo y, en ese campo, no pueden quedar abiertas hipótesis a pesar de que alguna de ellas resulte más plausible que las otras.

Se requiere para el juicio de responsabilidad que una de las posibilidades, que en abstracto compiten por explicar lo sucedido, se imponga a las demás con un grado de certeza que permita el descarte de las otras. Por eso, la Corte ha marcado la diferencia entre la labor del historiador y la del juez: *“La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda...”*

Del estudio de la sentencia bajo examen, concluyo que el *a quo* no ha podido descartar a través de su motivación la existencia de dudas en torno a cómo ocurrieron los hechos, si se prescinde de la versión de quien la defensa no ha tenido oportunidad útil de interrogar. A mi modo de ver, la metodología empleada por el tribunal para llegar a la condena de los tres imputados -*“síntesis”*- no ha

respetado los cánones del método aplicable en la consideración crítica de los elementos de juicio residuales y por lo tanto la síntesis resulta insostenible.

Observo que las hipótesis que sobre el particular pudieran expresarse como compitiendo en relación a cómo acontecieron los hechos no pueden ser descartadas con las pruebas recibidas en el debate. Esto se hace manifiesto, como se advirtiera, a partir de las consideraciones del *a quo* volcadas desde fs.491, donde asume los dichos de Terzano para definir los contornos determinantes del suceso y alcanzar certeza sobre su configuración normativa.

En efecto, si bien el tribunal de juicio afirma que las pruebas que permiten sustentar el hecho imputado y la responsabilidad penal de los encausados, son: *“Las concordantes y firmes manifestaciones del personal policial que intervino en el episodio, no sólo recibiendo la denuncia del damnificado, sino siguiendo y deteniendo a escasa distancias a las personas que fueran señaladas por éste como las autoras del suceso.”* (fs. 488) y *“las actas de detención y de lectura de derechos de fs. 8, el croquis de fs. 9, las vistas fotográficas que ilustran los objetos secuestrados de fs. 45/46 y el informe pericial realizado sobre el cuchillo secuestrados (ver fs. 44).”* (fs. 489), lo cierto es que el cierre definitivo sobre el acontecer que tiene por demostrado lo brinda -según su propia argumentación- el relato de Terzano.

Se advierte en esa línea que los dichos de los preventores, lo mismo que el secuestro de un cuchillo a los que alude la condena, no alcanzan *per se* para demostrar los elementos que constituyen el título de imputación calificado escogido en el fallo -tentativa del delito de robo agravado por el uso de arma-. A esa situación, como a cualquiera otra residual –existencia de banda, por ejemplo- sólo se llega a partir de los dichos del damnificado.

En efecto, la versión de los funcionario policiales en lo que alcanzan a reconstruir conforme lo adquirido por observación directa no se muestra apta para definir, aún con el secuestro del cuchillo, si en verdad se usó y cómo en la instancia del apoderamiento imputado. Esta secuencia resulta esencial pues el tipo de injusto atribuido reclama la comprobación de que el arma fue el medio en

virtud del cual la coacción o violencia se ejerció en el hecho.

Concretamente el Tribunal afirma que el suceso se ejecutó "*...mediante la utilización de un cuchillo, el que blandieron, amenazaron, obligándolo a entregar la mencionada bolsa...*". Esta apreciación, sin embargo, no surge de la percepción policial sino de los dichos de Terzano. En consecuencia, el uso del arma en cuestión queda huérfano de evidencia legalmente sustentable.

Otro tanto ocurre con la hipótesis normativa residual, como puede ser la calificante de "banda". Al respecto tengo dicho que ese agravante reclama la intervención en el hecho de al menos tres personas que cumplan con las exigencias normativas previstas en el art. 45 del C.P.: "*tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse*". Si se atiende a los dichos del personal policial, estos no resultan aptos para describir el modo en que los detenidos habrían realizado el contacto con la víctima, en las circunstancias de tiempo y lugar en las que se dice ocurrió el apoderamiento de las revistas. Esa falencia entonces, también neutraliza esa atribución.

Esas misma carencias demostrativas se observan al momento de definir cómo ocurrió efectivamente el núcleo básico de la imputación típica asumida en el fallo -apoderamiento ilegítimo-, ya que tampoco se verifica en los testimonios policiales la percepción de cómo se habrían hecho de las revistas quienes eran seguidos por quien se definió como damnificado. Esta circunstancia clave, pues aparece como la determinación básica de la supuesta lesión penalmente relevante de la libertad del otro -creación del riesgo jurídicamente desaprobado-, no surge más que de los dichos del denunciante.

El personal policial, en la referencia volcada por el *a quo*, percibió las actitudes de Terzano y de los sujetos luego detenidos que de suyo no dan certeza sobre el modo en que acontecieron los hechos de cara a su ponderación normativa. Aún admitiendo la falta de veracidad -de acuerdo a la sana crítica- de

las explicaciones de los imputados, lo cierto es que las circunstancias relevantes de cómo accedieron a las revistas quedan oscurecidas cuando se inhibe la eficacia demostrativa de lo expuesto por el denunciante.

Ni el secuestro del cuchillo, ni la comprobación de que los sujetos tenían en su poder los objetos cuya posesión alegaba Terzano, son indicadores eficaces para reconstruir la base fáctica que sostenga la imputación de la condena u otra que residualmente se pudiera elaborar a partir de los dichos policiales y los demás elementos de juicio pasados en el debate.

En consecuencia, al momento de la *‘síntesis’*, el tribunal contó sobre la base de esas probanzas con un magro sustento demostrativo para motivar una condena penal. Esto es, la mera verificación de que una de las personas detenidas, acompañada de al menos otras dos, pero sin poder establecer qué rol jugó cada cuál ni cómo, habría tomado una bolsa de plástico ajena, que contenía veintiocho revistas y huido a la carrera, siendo seguidos por quien se definió como damnificado. Esas concretas circunstancias del caso muestran una indeterminación tal que impiden alcanzar certeza normativa en la atribución del suceso a los acusados como ha hecho el *a quo*.

En definitiva, estimo que la sentencia, tal como alega el recurrente, no ha respetado la garantía de la defensa en juicio ni el debido proceso y, a la postre, ha violentado la sana crítica racional. Por lo tanto la condena alcanzada resulta en esos términos arbitraria y debe ser anulada. En atención a que los fundamentos atacados de la imputación a Chávez son los mismos que aquellos que motivaran la atribución de responsabilidad a Facundo Daniel Albarado y Mariano Ismael Rodríguez, cabe extender a sus situaciones procesales lo que aquí se dispone.

-IV-

Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa a fs. 501/515 y, en consecuencia, anular la resolución de fs. 472 y vta., con fundamentos a fs. 485/497, disponiendo la absolución de Erica Karina Chávez, Facundo Daniel Albarado y Mariano

Ismael Rodríguez, sin costas (arts. 456 inc. 2º, 470, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

Comparto con el juez que ha votado en primer lugar que el recurso de la defensa es formalmente admisible, en cuanto ha sido dirigido por quien se considera agraviado de la sentencia condenatoria.

-II-

La defensa se agravia de que durante el debate el tribunal de juicio ordenó -a pesar de su oposición- la lectura del acta de la declaración que había prestado la presunta víctima, Julio Ariel Terzán, ante la prevención policial, oposición que había sustentado en que la defensa no había tenido oportunidad de interrogar o hacer interrogar a ese testigo de cargo. El a quo, no obstante, había ordenado la incorporación por lectura del acta, en los términos del art. 391, inc. 3, C.P.P.N., con fundamento en la imposibilidad de convocar al testigo a la audiencia por ignorarse su residencia. La declaración del testigo fue valorada por el a quo en la deliberación y tomada en cuenta para formarse su convicción, como lo reflejan los fundamentos de la sentencia (esp. fs. 491/491 vta.).

Partiré de la decisión dictada por la Corte Suprema en Fallos: 329:5556 (causa B. 1147, Lc XL, "Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves"). En esa decisión la Corte Suprema revocó una sentencia de condena que se había fundado en prueba de cargo decisiva que la defensa no había tenido oportunidad adecuada de controlar, lo que consideró afectaba el derecho reconocido en los arts. 8.2.f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el caso, el tribunal de juicio había dispuesto la lectura en la audiencia de las actas de declaración de tres

personas que no habían comparecido al juicio, según lo establece el art. 391 C.P.P.N. Dijo la Corte que la circunstancia de que habían resultado infructuosas las numerosas diligencias para lograr su comparecencia a la audiencia no bastaba para subsanar la lesión al derecho de defensa producida durante el debate.

Dijo al respecto que *“el hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal”*. Agregó que la invocación de la imposibilidad de hacer comparecer al testigo *“no bast[a] para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba”*, pues, *“desde este punto de vista, lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de ‘incorporación por lectura’, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado (conf. TEDH, caso Unterpertinger vs. Austria, serie A, N° 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. párr. 31”* (consid. 13).

La Corte relevó que en ese caso los testimonios documentados en actas habían constituido la base principal de la acusación, que de los fundamentos de la sentencia recurrida surgía con claridad que las actas leídas habían dado sustento al rechazo de los descargos del imputado (consid. 10), y que en ese caso prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación había sido incorporada por lectura, lo que eximía a la defensa de la carga de demostrar que, excluida las declaraciones testimoniales cuya incorporación por lectura se cuestionaba, la restante prueba colectada impediría alcanzar certidumbre acerca de la forma en que sucedieron los hechos y respecto de la participación penalmente responsable del imputado (consid. 12). En otros términos, la Corte ha señalado, de manera implícita, que los elementos de convicción obtenidos e incorporados al debate sin haber dado a la defensa oportunidad de control suficiente, deben ser excluidos de la base probatoria, y no es necesario exigir demostrar la incidencia de

la supresión cuando prácticamente la totalidad del material probatorio producido ha sido incorporado en esas condiciones. Al contrario se infiere que esa demostración sería exigible a la defensa si el material probatorio disponible fuera múltiple y complejo.

Puesto que la Corte, en el caso citado, ha recurrido para argumentar a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.3, letra d, de la Convención Europea para la salvaguarda de los Derechos del Hombre, cuyo texto en lo sustancial coincide con las disposiciones de los arts. 14.3, letra e, PIDCP y 8.2, letras f y g, CADH invocados por la defensa, considero adecuado recurrir a un examen más exhaustivo de esa jurisprudencia, que proporciona de material argumentativo pertinente.

Desde sus primeras decisiones el TEDH ha declarado que *“los derechos de la defensa son restringidos de manera incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda únicamente o en una medida decisiva, sobre las declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la etapa de la instrucción, ni durante el debate”* (“Unterpertinger c. Austria”, Serie A, vol. 110, " 31-33; “Saïdi c. Francia”, Serie A, vol. 261-C, " 43-44; “Van Mechelen y otros”, Recueil 1997-III, ' 55, y ALucà v. Italia, Reports 2001-II, ' 40, entre muchos).

El art. 6.3, letra d, CEDH, y de igual manera los arts. 14.3, letra c, PIDCP, y 8.2, letra 8.2, letra f, CADH, conceden al imputado o a su defensa un derecho de “interrogar” o “hacer interrogar” a los testigos, y no meramente un derecho de contradecir o poner en cuestión sus dichos por otra vía que no sea el interrogatorio. En el caso "Barberà, Messegué y Jabardo vs. España", el TEDH ha sostenido con respecto al derecho del art. 6.3.d, CEDH, que esa disposición *"implica no solamente la existencia, en la materia, de un equilibrio entre la acusación y la defensa [...] sino también que la audición de los testigos debe, en general, revestir un carácter contradictorio"* (Serie A, vol. 146, ' 78). A ese

respecto no basta la posibilidad de alegar o someter las declaraciones a la confrontación crítica con otros elementos. El TEDH ha señalado que *“sin poner en duda que los tribunales domésticos han llevado a cabo un examen cuidadoso de las declaraciones del [testigo] y han dado al peticionario una oportunidad de contestarlas en el juicio, [...] esto difícilmente puede ser considerado un sustituto adecuado de la observación personal del testigo principal cuando el testigo da su evidencia oral”* (“Vladimir Romanov v. Rusia”, petición n° 41461/02, ' 105, sent. 24/07/2008; “Bocos-Cuesta v. Países Bajos”, petición n° 54789/00, ' 71, sent. 10/11/2005; ver tb. “Hulqui Günes c. Turquía”, 28490/95, sent. 19/6/2003, ' 95).

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

El TEDH ha tomado nota de las particularidades de producción y recepción de la prueba que *“puede resultar necesario, en ciertas circunstancias, remitirse a deposiciones hechas durante la etapa de investigación (en particular cuando el testigo rehúsa repetir su deposición en público debido a miedos por su seguridad, lo que no es infrecuente en juicios contra organizaciones de tipo mafioso)”* y agregó que *“si se ha dado al acusado una adecuada y útil oportunidad de confrontar las declaraciones, sea cuando éstas son hechas o en una etapa posterior, su admisión como prueba no contraviene, en sí, el art. 6, párrafos 1 y 3 (d)”*. Y concluyó que *“corolario de ello es, sin embargo, que cuando una condena está basada únicamente o en un grado decisivo en*

declaraciones que han sido hechas por una persona a la cual el acusado no ha tenido ninguna oportunidad de interrogar o hacer interrogar, sea durante la investigación o en el juicio, los derechos de la defensa se restringen de un modo incompatible con las garantías provistas por el art. 6 [...]", (confr. "Lucà v. Italia", cit., ' 40, con cita de "Unterpertinger v. Austria", cit., " 31-33; "Saïdi v. Francia", cit., " 43-44; "Van Mechelen y otros c. Países Bajos", cit. ' 55; entre otros. Véase también en el mismo sentido "Bonev v. Bulgaria", petición n° 60018/00, ' 43, sent. 8/6/2006; "Guilloury c. Francia", petición n° 62236/00, sent. 22/6/2006, ' 53 "Kollcaku c. Italia", petición n° 25701/03; sent. 8/2/2007, ' 68; "Majdallah c. Italia", petición n° 62094/00, sent. 19/10/2006, ' 38; "Kalem c. Turquía", petición n° 70145/01, sent. 5/12/2006, ' 56).

Un abordaje análogo siguió el TEDH en "Carta c. Italia" (petición n° 4548/02, sent. 20/4/2006, " 50, 51, aunque en este caso, sin embargo, no halló violación porque el Tribunal doméstico había fundado su sentencia no sólo en la declaración leída sino también en otras pruebas).

Ahora bien, al votar en la causa n° 8389 de esta Sala, "Amil, Gustavo Alfredo" (rta. 2/10/2008, Reg. N° 13.275), señalé que la jurisprudencia del TEDH no ha sentado una regla que imponga necesariamente una prohibición de valoración de las declaraciones testimoniales respecto de las cuales la defensa no ha tenido una oportunidad útil de interrogación. Por efecto de la llamada "fórmula de la cuarta instancia" que predica que los órganos de la Convención Europea no actúan como una nueva instancia de revisión de errores de hecho o de derecho después de agotadas las instancias provistas por el orden doméstico, el TEDH ha sostenido invariablemente que *"la admisibilidad de la prueba es primariamente una materia regulada por la ley nacional y que como regla general corresponde a los tribunales nacionales determinar el valor la prueba presentada ante ellos"* (confr. TEDH, Tercera Sección, "P.S. vs. Alemania", 20/12/2001, ' 19, y sus citas).

Esa doctrina ha sido puesta en cuestión, sin embargo, en el mismo TEDH, en cuanto se ha señalado que lo relevante es determinar si se hubiese podido llegar a la convicción sobre la culpabilidad sin el uso de las declaraciones respecto de las cuales la defensa no gozó de oportunidad útil de control, y se ha propuesto no debería haberse admitido la lectura de las declaraciones (confr. votos disidentes de los jueces Vilhálmsson, Walsh, McDonald y Palma en el caso "Artner vs. Austria", Serie A, vol. 242-A, ' 2).

En principio, se exige que el imputado o su defensa agoten las posibilidades que le ofrecen las vías internas para obtener la oportunidad de interrogar a los testigos de cargo. Al respecto el TEDH ha dicho, como regla, que *“el derecho de interrogar los testigos no puede ser satisfecho sino cuando su ejercicio ha sido claramente solicitado por el acusado”* (“Zaicevs c. Letonia”, 31/07/2007, ' 48; con cita de “Cardot c. Francia”, Serie A no 200, " 35-36). Esta concepción tiene como base la idea de que con esa petición *“los tribunales domésticos tienen la oportunidad, en principio concedida a los Estados contratantes por el art. 26, a saber, la oportunidad de evitar o reparar las violaciones que se alegan contra ellas”* (“Saïdi vs. Francia”, Serie A, vol. 261-C, ' 40).

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

En el marco de la jurisprudencia de esta Cámara Nacional de Casación Penal, algunas salas han sentado el principio de que las declaraciones incorporadas por lectura al juicio, prestadas por testigos en una etapa anterior del proceso, respecto de las cuales el imputado no había tenido una oportunidad útil

de interrogarlo o hacerlo interrogar, no podían ser valoradas como base de la sentencia. Así, la Sala I ha dejado sin efecto una sentencia sustentada en las declaraciones de las dos alegadas víctimas, leídas en el juicio, en cuanto eran la "única prueba dirimente", respecto de la cual la defensa no había tenido oportunidad útil de interrogarlas (confr. causa n° 3898, "Reyna, Jorge F.", rta. 21/03/2002, Reg. N° 4918.1), mientras que esta Sala II, en su integración anterior, ha dejado subsistente una sentencia de condena que se apoyaba en pruebas independientes que resultaban suficientes aun prescindiendo de una declaración incorporada por lectura sin que la defensa hubiese tenido oportunidad de útil de control (confr. causa n° 1836 "Barrera, A.", rta. 15/12/1998, Reg. N° 2336.2).

Mientras que la primera decisión concuerda, en parte, con la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Benítez", y en parte también con la de ciertos casos decididos por el TEDH (véase, a modo de ejemplo, los casos "Unterpertinger c. Austria", Serie A, vol. 110, "31-33", "Saïdi vs. Francia", Serie A, vol. 261-C, '41, 44 y "Popov v. Rusia", petición 26853/04, sent. 13/7/2006, "182, 183), la segunda no es sino aplicación de la misma regla, en cuanto pueda sostenerse que, excluyendo como fundamento de la sentencia las declaraciones respecto de las cuales el imputado no ha tenido oportunidad útil de interrogación por sí o por otros, los restantes elementos de prueba disponibles en el juicio bastaban para el sustento de la condena.

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

análogo al que falló la Corte Suprema *in re* “Benítez”, donde ésta relevó que “*prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación fue incorporada por lectura*”, la revocación de la sentencia es imperativa, sin embargo ello no impone una regla general y exige una evaluación caso por caso.

Al examinar en el presente cuál ha sido la incidencia que la lectura de la declaración que la presunta víctima ha tenido en la sentencia de condena del *a quo*, cabe destacar que los elementos de prueba que se tuvieron en cuenta para su dictado son de dos tipos: las declaraciones policiales sobre hechos propios y las declaraciones policiales sobre hechos que no han percibido y que han conocido por relato de terceros. El primer supuesto se refiere a lo que los agentes de policía hicieron a partir de que el señor Julio Ariel Terzán se les aproximó y les señaló a cuatro sujetos, haciéndoles saber que los mismos le acababan de robar una bolsa con libros y una pulsera de plata, esto es, la individualización y aprehensión de los señalados, su identificación, y el secuestro de un cuchillo y de una bolsa con revistas que habría constituido el objeto del despojo. En otro orden los policías han comunicado el relato que recibieron de la presunta víctima respecto de lo ocurrido antes de su intervención, esto es, la existencia del hecho, su modalidad, los medios empleados, y la descripción de lo sustraído.

Aplicando los estándares expuestos más arriba, los dichos de la presunta víctima asentados en el acta de la prevención, no pueden ser valorados en la sentencia. Sin embargo ello no impide la valoración de los dichos de los policías que han intervenido, tomando nota de la distinción antes apuntada, entre lo que han conocido por sus sentidos, y lo que han conocido a partir del relato de un tercero. También esto puede ser valorado en la sentencia, pero, sin embargo, la confiabilidad del relato debe ser sometida a control estricto, pues no hay modo de evaluar la veracidad del tercero que produjo el relato y no está disponible en el juicio, sino por vía de la confrontación de elementos externos que validen ese relato.

La declaración de los policías podría servir a ese fin, no ofrecen la validación del relato, salvo en cuanto al secuestro de un cuchillo y una bolsa con

revistas. Sin embargo, el único elemento de validación externo que ofrecen no basta en las circunstancias del caso para ofrecer una validación del relato en punto a la existencia misma del hecho, y a las circunstancias declaradas por la presunta víctima.

En este sentido, ciertos elementos de convicción valorados en la sentencia recurrida -declaraciones de los agentes de la Policía Federal, cuchillo secuestrado e informe pericial sobre el mismo y los 28 libros objeto del robo-, que tenía disponible la recurrente, y que han sido producidos regularmente en la audiencia, sin objeción de las partes, podrían resultar *prima facie* idóneos para sostener la convicción sobre los hechos de la acusación y sobre la culpabilidad de los acusados, si no fuera que el relato de la víctima ha sido contradicho por los imputados.

En efecto, el relato del señor Julio Ariel Terzano asentado en el acta incorporada por lectura aparece contradicho por las versiones dadas por los tres imputados, que también fueron incorporadas por lectura por el art. 378 C.P.P.N. (confr. acta del debate, fs. 451).

En lo sustancial, Erika Karina Chávez dijo: "*el hecho que se me imputa es mentira. No fue así. Ese día [...] [compré] mercadería para revenderla, compr[é] libros, crucigramas, trapos de piso [...]. Estábamos tomando una coca antes de ir a trabajar con los otros tres chicos. En ese momento aparece el denunciante, y empieza a decir que las cosas que yo tenía eran de él. Ahí yo le dije que si el me quería acompañar a donde las había comprado, pero ahí no te dan boleta, son cosas piratas. Primero me dijo que si que me iba a acompañar, y después se fue con la mitad de mis cosas y se fue. Ahí nos agarró la policía las cosas y otra parte él*" (fs. 80/81). Facundo Daniel Albarado dijo: "*nosotros estábamos en la esquina de Lima junto a los dos chicos. Aparece la chica junto con al que nos denuncia, a él no lo conocíamos a ella sí. Estábamos tomando una coca en ese momento, y de repente me saca a mi una tira del pegamento gotita*

para vender de repente dice que se iba a la farmacia, dejando la bolsa de él con nosotros. Todos teníamos mercadería para vender. Él vuelve y empezó a llorar a decir que él no me había robado nada, y nosotros ahí solamente le dijimos que se fuera, y casi nos ponemos a pelear. Ahí él se fue a buscar a la policía seguro. Nosotros no le hicimos nada a él” (fs. 84/85). Y por último Mariano Ismael Rodríguez dijo: “nosotros estábamos, yo y Facundo y Emanuel tomando una gaseosa. Mientras tanto, llega la chica Erica que venía acompañada de un muchacho. Este muchacho ahí le dice que iba hasta la farmacia que ya volvía. Mientras tanto nosotros acompañamos a la chica a comprar la mercadería de ella, que eran crucigramas, sopa de letras. Éste muchacho le sacó a Facundo una gotita de pegar de las que Facundo tenía para vender. Mientras tanto nosotros agarramos y le devolvimos la gotita a Facundo [...] Ese fue el momento en que el le dijo a la chica esperame que vengo. [...] Ahí el volvió nos saludó, no me acuerdo que nos dijo, y nosotros nos fuimos cada uno a vender, en nuestro rumbo, y a las tres cuadras vino la policía acusándonos de que le habíamos robado a este tipo de las revistas. Pero es mentira, porque las revistas eran de Erika” (fs. 86/87).

Las versiones defensivas controvierten no sólo la existencia del hecho, y la propiedad de la bolsa con libros o revistas de entretenimiento. También sugieren la existencia de un conocimiento previo entre la mujer y la supuesta víctima, que habrían arribado juntos mientras los otros imputados estaban tomando una gaseosa, y puesta en discusión la propiedad de la bolsa de nylon. La disputa sólo podría superarse mediante el interrogatorio directo de la presunta víctima en condiciones de contradicción e inmediación que permitan juzgar sobre la consistencia, coherencia y veracidad del testigo.

En tanto tal confrontación no ha sido posible, concuerdo con la solución que viene propuesta por el doctor Yacobucci.

Así voto.

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

Que adhiero al voto que lidera el acuerdo.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE:** hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa a fs. 501/515 y, en consecuencia, anular la resolución de fs. 472 y vta. -con fundamentos a fs. 485/497- disponiendo la absolución de Erica Karina Chávez, Facundo Daniel Albarado y Mariano Ismael Rodríguez, sin costas (arts. 456 inc. 2º, 470, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmado: Dres. W. Gustavo Mitchell- Luis M. García - Guillermo Yacobucci.

Ante mí: Dr. Gustavo Alterini, Prosecretario Letrado.