

REGISTRO N°20183

///la Ciudad de Buenos Aires, a los cinco días del mes julio del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las doctoras Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver en la causa n° 14.813 del registro de esta Sala, caratulada: "Alegre Florentín, Lucía Fátima s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Ricardo Gustavo Wechsler y por la señora defensora ad hoc doctora Elisa Herrera.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó que debía observarse el siguiente orden: Ledesma, Slokar y Figueroa.

La señora juez **Angela Ester Ledesma** dijo:

-I-

Llega la causa a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 179/195 por la defensa contra la sentencia de fecha 25 de agosto de 2011 (ver fs. 164/171) dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 10 de esta ciudad que dispuso "CONDENAR a LUCÍA FÁTIMA ALEGRE FLORENTÍN o LUCÍA FÁTIMA ALEGRE VELÁZQUEZ o MARÍA SUSANA FLORENTÍN AYALA, de las demás condiciones personales mencionadas, por ser coautora penalmente responsable del delito de robo en poblado y en banda a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN en suspenso y al pago de las costas (artículo 26, 29 inciso 3° y 167 inciso 2° del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)"

El recurso de casación fue declarado admisible a fs. 196 y mantenido a fs. 202.

Celebrada la audiencia que prescribe el artículo

468 del CPPN el día nueve de mayo del corriente año, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

Durante el término de oficina, se presentó la defensa a fs. 205/206.

-II-

a. Con invocación del artículo 456 inciso 2° del CPPN, el recurrente señaló que la sentencia posee una fundamentación aparente, pues se basa en los dichos de terceras personas que no presenciaron el hecho, todo lo cual implicó una lesión al derecho de defensa en juicio y al debido proceso.

Expresó que los jueces concluyeron en la responsabilidad de Florentín a través de los dichos del Subinspector Cristian Salazar Tobar, del Sargento Ramón Francisco Valdez y del ayudante Julio César Verani, quienes sólo reprodujeron los dichos de Carlos Rubén Silva -único testigo del hecho- y de Ricky Clifford Olson, el presunto damnificado.

Alegó que "los testimonios mencionados y el resto de la prueba que fue incorporada a la causa, no resultan suficientes para afirmar con el grado de certeza que una sentencia requiere que el hecho se llevó a cabo en el tiempo y modo que el Tribunal dio por cierto." (fs. 186).

Explicó que la conclusión a la que se arribó en el juicio, se basa en elementos de convicción insuficientes, pues existe una duda más que razonable sobre cómo habría ocurrido el suceso juzgado.

Señaló que no se pudo recabar el testimonio del presunto damnificado pues abandonó el país el 10 de marzo de 2011, mientras que tampoco logró ubicarse al testigo del hecho.

Precisó que "la insistencia en obtener el testimonio del paseador Silva, de los testigos del acta de detención y del agente Julio César Verani -que oficiara de intérprete del presunto damnificado- partió del Tribunal a quo con invocación del art. 388 del CPPN" (fs. 187) y agregó que "esta asistencia técnica había desistido de la citación

de los testigos del acta de detención y la convocatoria del testigo Verani tampoco fue requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal. Ante el planteo de reposición efectuado por esta defensa el Tribunal señaló que, en su hora, los testimonios requeridos no resultaban necesarios, mientras que sí los consideraron indispensables en la instancia del debate. Claro está que ello sucedió frente al obstáculo con el que el a quo se encontró debido a la imposibilidad de contar con los testimonios de los testigos Silva y Olson" (fs. 187vta.)

En ese sentido, expuso que el Tribunal basó su decisión en los dichos de quienes manifestaron haber escuchado a la víctima relatar lo sucedido y que presenciaron el momento en que señalaba a la imputada, incorporándose de manera indirecta los relatos de Olson y Silva, todo lo cual lesionó el derecho de defensa y el debido proceso.

Adujo que mediante esta metodología se impidió el adecuado control de los testimonios, afectándose los principios que surgen de los artículos 14.3.e del PIDCP y 8.2.f de la CADH.

Al respecto, expresó que "la incorporación de las versiones de quien aparece como damnificado (Ricky Clifford Olson) y quien habría presenciado el hecho traído a juzgamiento (Carlos Rubén Silva) a través de los testimonios prestados en la audiencia de otras personas que se limitaron a reproducir lo que escucharon contradice sin hesitación los principios básicos del juicio oral y público" (fs. 193)

Refirió que la ausencia del testimonio del presunto damnificado y del testigo, impide conocer el hecho y valorar la veracidad, espontaneidad y credibilidad de sus testimonios.

Adujo que el testigo de oídas resulta insuficiente para acreditar el hecho sobre el cual declara, pues su relación con el objeto de conocimiento no es directa en tanto se limita a manifestar la narración realizada por otra persona.

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

b. A fs. 205/206 se presentó la señora defensora oficial ad hoc y reprodujo, en lo esencial, los argumentos expuestos por el recurrente, agregando que en el caso se ha lesionado el principio de culpabilidad, pues la insuficiencia probatoria impide obtener la certeza apodíctica que exige todo pronunciamiento condenatorio.

-III-

a. En primer lugar, corresponde señalar que el Tribunal tuvo por cierto que el día 8 de marzo de 2011, aproximadamente a las 13 hs., Lucía Fátima Alegre Florentín, de común acuerdo con dos hombres, sustrajo un teléfono celular "Apple Iphone" perteneciente a Ricky Clifford Olson, para lo cual se acercó con uno de sus consortes hacia el turista norteamericano que se encontraba en la plaza ubicada en la intersección de la avenida del Libertador y Agote, aguardando que comenzara un tour por la ciudad. En tales circunstancias, la víctima sintió que algo había caído sobre sus ropas, al tiempo que los citados le decían varias veces 'bird shit'-en español, excremento de pájaro- y, previo mostrarle que tenían pañuelos de papel, lo llevaron hasta una fuente de agua para ayudar a limpiarlo, para lo cual la mujer le quitó rápidamente la camisa que vestía y tomó su teléfono, aunque la víctima reaccionó, lo recuperó y guardó en un bolsillo de su bermuda con cierre.

Entonces, Olson se puso su camisa, pero la pareja le hizo saber que también tenía manchada la bermuda, por lo que comenzaron a limpiarlo hasta que salieron corriendo hacia un auto que estaba sobre Agote, ocasión en que advirtió que se habían llevado su celular, decidiendo perseguirlos hasta que dio alcance a la imputada pues quien la acompañaba logró subirse al vehículo conducido por otro hombre con el que se dio a la fuga. Luego de cierto forcejeo con la mujer que intentaba escapar y con la ayuda de Carlos Rubén Silva, un paseador de perros que estaba en el lugar y presencié el suceso, retuvo a aquélla hasta el arribo del personal policial que procedió a su formal detención, sin ser hallado el teléfono de la víctima que fuera llevado por los restantes

intervinientes.

Es del caso destacar que el damnificado del hecho Ricky Clifford Olson- y el testigo presencial Carlos Rubén Silva (el paseador de perros), no concurrieron al debate a declarar, pues el primero abandonó el país y el segundo no pudo ser ubicado (ver fs.160).

Así pues, el Tribunal basó su decisión en las declaraciones del personal policial interviniente (Ramón Francisco Valdez y Marcelo Salazar Tobar); del agente que ofició de intérprete a la declaración del damnificado (Julio César Verani) y de los dos testigos de actuación María Cervi y Ezequiel Vidable. En todos estos casos, tal como se verá más adelante, se trata de testigos de oídas que no presenciaron el hecho motivo de juzgamiento.

b. Ahora bien, por su carácter previo, corresponde abordar el agravio de la defensa atinente a que el Tribunal ordenó durante el debate que se recibiera declaración a los testigos Cervi, Vidable y Verani, sin que mediara un pedido expreso de las partes.

Para ello, interesa recordar que luego de producirse los testimonios del Sargento Ramón Francisco Váldez y del inspector Marcelo Salazar Tobar, el Tribunal resolvió "suspender la audiencia a fin de instar la posibilidad de obtener el testimonio (...) de los testigos de acta y del agente Julio César Verani, que oficiara de intérprete" (fs. 159 vta.)

La defensa planteó reposición, oponiéndose a que se reciba declaración a los testigos de actuación, pues habían sido desistidos por las partes en la ocasión respectiva. Respecto de Verani, alegó que dicho testimonio no fue requerido por el fiscal, aún cuando había tenido ocasión de hacerlo en la oportunidad que prevé el artículo 354 del CPPN.

El Tribunal resolvió -sin que conste en el acta la opinión del Ministerio Público Fiscal sobre el punto- que "en su hora, no se hacía necesario recibirles declaración testimonial, mientras que sí resulta necesario en esta instancia", concluyendo que ello no afectaba ningún principio

constitucional y a los fines de "agotar la prueba y llegar a la verdad", rechazó la reposición intentada (ver fs. 159vta.).

Así pues, se recibió declaración testimonial a María Laura Cervi y se incorporó por lectura el relato de Vidable (ambos, testigos de actuación) -ver acta de fs. 160-. Además, se recabó el testimonio de Julio César Verani (quien ofició de intérprete de la declaración prestada por el damnificado) -ver fs. 161-, cuyo relato fue especialmente valorado por los jueces para arribar al veredicto condenatorio aquí impugnado.

Ahora bien, de la lectura de las actuaciones se advierte que el órgano jurisdiccional, excedió el límite para el que estaba habilitado a expedirse.

En efecto, las partes desistieron de las declaraciones de Cervi y Vidable (ver fs.135), mientras que el testimonio de Verani directamente no fue requerido por el fiscal o la defensa en la ocasión prevista en el 354 del CPPN ni tampoco durante el juicio (ver fs. 109 y 131).

Al respecto, interesa destacar que el defensor se opuso expresamente a ello, tal como surge de la reseña que antecede. Sin embargo, el Tribunal rechazó la solicitud defensiva y decidió no hacer lugar a la reposición intentada. Pero además, reitero, en el acta no consta cuál fue la opinión del fiscal sobre la decisión de los jueces de convocar a los tres testigos no propuestos por las partes para que declaren en el debate, lo cual refuerza el criterio que aquí se sostiene en cuanto a la falta de impulso de los litigantes en lo concerniente a la producción de esas pruebas.

En función de todo lo expuesto, se advierte una vulneración al modelo de proceso acusatorio que diseña nuestra Constitución Nacional (art. 18, 75 inc. 22 de la CN, 26 de la DADDH, 10 y 11.1 de la DUDH, 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP -que expresamente ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los considerandos 7° y 15° del precedente "Casal" Fallos 328:3399-), cuyo paradigma esencial consiste en la separación de las funciones de

enjuiciamiento y postulación.

En efecto, el rol de perseguir y acusar debe ser independiente del de juzgar y punir y, consecuentemente, debe estar a cargo de sujetos distintos (Reglas de Mallorca, artículo 2°, inciso 1°).

Ferrajoli explica que "la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás (...) Comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación -con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición ne procedat iudex ex officio.

La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (terzieta) del juez respecto a las partes de la causa, que, como se verá, es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga de la imputación de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio. (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal", Editorial Trotta, Madrid, 1989, p. 567).

Precisamente, este es el criterio que, con citas del mismo autor, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Llerena" (Fallos 328:1491). Esta definición se corresponde con la afirmación de que los tres poderes que se desarrollan durante el proceso penal se integran de tal manera que "hacen de trípode a la justicia mientras el derecho se realiza: se apoyan independiente en una misma base y se unen al culminar en una misma finalidad. Si una falta o no está suficientemente desarrollada, el equilibrio se pierde y la justicia cae" (Clariá Olmedo, Jorge, "Derecho Procesal Penal", Tomo I, Editorial Ediar, 1960, p. 24). Estas tres actividades fundamentales para la realización de la justicia penal (jurisdiccional, requirente

y defensiva), han de cumplirse conforme a las atribuciones e imposiciones emergentes de la ley procesal para sus respectivos titulares y por los medios y con las limitaciones que esa ley establezca.

Siguiendo este razonamiento puede concluirse que lo solicitado por el fiscal es el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse y, consecuentemente, el Tribunal no puede ir más allá de la pretensión requerida por la acusación.

Al respecto, es claro Alberto Binder cuando señala que "(...) además del límite fijado por el legislador el juez tiene otro límite: aquel fijado por el acusador, sea éste oficial o privado" (Introducción al derecho penal, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p.297).

En relación a este tópico me he expedido en las causas n° 4839 "Guzmán, José Marcelo s/ rec. de casación", registro 101/2004, rta. el 11 de marzo de 2004, n° 4722 "Torres, Emilio Héctor s/rec. de casación" registro 100/2004, rta. el 11 de marzo de 2004, n° 5617, "Pignato, Martín Mariano s/rec. de casación", reg. n° 478/05, de fecha 13 de abril de 2005, n° 5624, "Alegre, Julio Domingo s/rec. de casación", reg. n° 718/05, del 12 de septiembre de 2005, n° 5761, "Branca, Diego; Girini, Juan Carlos y Muñoz, Juan Manuel s/rec. de casación", reg n° 1078/05, rta. el 1° de diciembre de 2005, y n° 6068, "Balzola, Carlos Alberto s/rec. de casación", reg. n° 1089/05, de fecha 2 de diciembre de 2005, todas de la Sala III, entre muchas otras, a cuyos argumentos y citas me remito mutatis mutandis en honor a la brevedad.

En este caso, el Tribunal no estaba autorizado para ordenar la producción de pruebas, pues no existía un pedido concreto de las partes que lo habilitara, todo lo cual lesiona la garantía de imparcialidad del juzgador (arts. 75 inc. 22 de la CN, 8.1 de la CADH, 14.1 del PIDCP, 10 de la DUDH, 26 de la DADDH), por afectación del principio acusatorio.

Este criterio resulta concordante con los lineamientos plasmados por los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti

y E. Raúl Zaffaroni en el precedente "Amodio" (Fallos, 330:2658).

La iniciativa del órgano jurisdiccional en el ámbito probatorio, constituye una extralimitación en sus facultades, que determina la nulidad de los testimonios de Cervi, Vidable y Verani en aplicación de la regla ne procedat iudex e officio.

c. Sentado ello, corresponde analizar si, en función de las restantes evidencias analizadas en la sentencia puede sustentarse el veredicto condenatorio de la imputada Alegre Florentín.

En esa dirección interesa recordar cuanto sostuviera el Tribunal al valorar el testimonio del Sargento Ramón Francisco Valdés en punto a que: "según expusiera, se encontraba de parada en la zona cuando, a la hora indicada, un transeúnte le informó que se estaban cometiendo delitos contra turistas en la cercana plaza Francia, por lo que cruzó la avenida Pueyrredón y vio venir a tres personas, una de ellas era un ciudadano norteamericano, otra un paseador de perros y la restante una mujer, ocasión en la que el segundo explicó el suceso delictivo que previamente había sido presenciado, (...) detallando cómo la mujer había tomado el celular y se lo había pasado a otro individuo, produciéndose la fuga de los dos hombres y no de la mujer que fue por ellos retenida." (Fs. 166vta.)

Y que "El testigo detalló que el paseador le hizo saber que él no estaba muy lejos del lugar de ocurrencia del suceso y que pudo ver a tres que le limpiaban la ropa al turista, le ayudaba a sacarle ropa para limpiarla y, con precisión, que quien resultó ser la imputada Alegre Florentín le sacaba algo de alguna prenda y se lo pasaba a otro. Detalla luego que Silva le informó que cuando la mujer trató de subir al auto él intercede y logró la retención de la encausada. También, y ello resulta de relevancia, se refiere a que el extranjero señaló, sin hesitación, que la mujer detenida fue la que actuó de la manera ilícita antes expuesta y también que el paseador de perros, en su

presencia, le imputó el hecho a aquélla, quien, por lo demás, se hacía la desententida, 'como que no sabía lo que había pasado" (fs. 166vta.)

En relación al testimonio del subinspector Cristian Marcelo Salazar (quien también participó del procedimiento), el Tribunal sostuvo que el nombrado "recibió un llamado de Valdez que tenía a un detenido en la plaza Francia, por lo que, sin perjuicio de serle también informado de otro hecho para el que dejó a cargo a un Suboficial, se dirigió al lugar donde un paseador de perros tenía retenida a una mujer y le hizo saber que había apreciado que unas personas se acercaron a un turista y desarrollaron la actividad conocida como 'mostacero' y que él tuvo que forcejear con uno de los autores." (Fs. 167)

En virtud de todo ello, los jueces consideraron que "si bien es cierto y ello ya ha sido remarcado, que en la causa finalmente, no ha sido posible contar con testigos que conocieran por sus propios sentidos lo acaecido, sobre el punto se cuenta con prueba que, a la luz de la sana crítica, resulta más que suficiente para arribar a la conclusión ya adelantada" (fs. 168), agregando que "en cuanto a Valdez y Salazar Tobar, es del caso resaltar, por si faltaba, que sus versiones, y en especial la del primero, resultan contundentes en cuanto a ilustrar acerca de cómo ocurrió el hecho que perjudicara al turista y ello a la luz de lo que escucharan de los protagonistas principales de la escena. Es que no sólo han volcado, cada uno a su manera en la medida en que el idioma lo permitía, aquello que Olson contara (verbalmente o con gestos), sino que reprodujeron lo que ambos escucharon del testigo principal que, cabe remarcar no sólo apreció lo ocurrido sino que incluso colaboró con la víctima para posibilitar la aprehensión de la mujer" (fs. 169)

Sentado lo expuesto, resulta pertinente recordar que todo veredicto de condena, se debe cimentar en una multiplicidad de pruebas homogéneas, unívocas y unidireccionales que acrediten, con el grado de certeza necesario, tanto la recreación histórica de los

acontecimientos, como la responsabilidad penal de los autores del hecho ilícito; extremo que, en los términos expuestos, no se verifica en la especie.

En tal sentido, Ferrajoli considera que la previsión del Código Procesal Penal italiano, artículo 192, al prescribir "una pluralidad de datos probatorios 'graves, precisos y concordantes' ha legalizado la necesidad epistemológica de una pluralidad de confirmaciones según el esquema del *modus ponens*". Y agrega que "en segundo lugar, la previsión, en el mismo artículo 192, de la obligación del juez de 'dar cuenta de la motivación de los resultados adquiridos y de los criterios adoptados' equivale a la prescripción de que la motivación explicita todas las inferencias inductivas llevadas a cabo por el juez, además de los criterios pragmáticos y sintácticos por él adoptados, incluidos los de las contra pruebas y las refutaciones por *modus tollens*" (Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón: teoría del garantismo penal", Trotta, Madrid, 1995, pág. 155).

Al respecto, se advierte que la reconstrucción de los hechos efectuada por el Tribunal se basó en los dichos de los preventores, quienes no presenciaron ninguna de las etapas del hecho juzgado, pues ni siquiera participaron de la aprehensión de la imputada, quien ya estaba reducida cuando arribaron al lugar.

Puntualmente, el relato de Valdéz y de Salazar Tobar no es más que una versión del relato presuntamente brindado por Silva, el paseador de perros que -según ellos- vio lo sucedido y colaboró con la víctima.

Tal aserción cobra aún mas importancia si se tiene presente que Olson no hablaba el idioma castellano, circunstancia que -de por sí- puede generar diferencias interpretativas, tergiversaciones involuntarias y malentendidos que, necesariamente se acentúan cuando el relato ha pasado por el tamiz de tantos intermediarios, como es de constatar en este caso.

Nótese que Salazar Tobar reconoció que "me llamó Valdez porque tenía una persona demorada y cuando llegué al

lugar justo pasó otro hecho similar y yo me quedé con un procedimiento y él con el otro (...) la víctima era un turista y decía que le habían robado el teléfono. Se manifestaba más que nada por gestos, no le entendía mucho. No recuerdo si los testigos dijeron haber visto el hecho. El paseador dijo que la víctima forcejeó con una persona. No recuerdo que haya dicho nada la mujer o se haya quejado, conmigo no dijo nada" (ver acta de debate de fs. 159)

En análogo sentido, Valdez expresó que "yo estaba de parada en la plaza contigua, me dice un transeúnte que había un ilícito en plaza Francia, cruzo Pueyrredón, había una mujer, un americano y un paseador de perros, el paseador ve que le sacan al americano algo del bolsillo y se lo pasa a otro masculino. El masculino se retira en el auto con otro masculino. El turista hablaba inglés y prácticamente no dijo nada. El paseador de perros me manifiesta que venía a una distancia no muy lejana y que ve la maniobra (...)No recuerdo si vieron el automóvil, en ese momento se cometió un hecho en frente, tuve que dejar un custodio con la mujer, tuve dos procedimientos al mismo tiempo, por eso no recuerdo si describieron el rodado..." (fs. 158vta y 159).

La información que ingresaron al debate los preventores presenta múltiples impresiones. En primer lugar, constituye una "prueba de la prueba", pues sólo relatan aquello que supuestamente oyeron decir a otra persona. En efecto, los testigos reconocen que el damnificado prácticamente no dijo nada y que se dieron a entender por señas pues éste no hablaba inglés. A ello, se suma que estaban participando de dos procedimientos simultáneos, extremo que también operó en perjuicio de un conocimiento más preciso de lo que sucedió, tal como surge de sus propios relatos.

Pero además, nótese que Valdéz, al aludir a los dichos de Silva expresó que "el paseador de perros me manifiesta que venía a una distancia no muy lejana y que ve la maniobra, era como que le limpiaban las cosas, eran dos masculinos y un femenino (...) habló de tres personas en la maniobra que le limpiaban la ropa" (fs. 158vta. y 159),

observando que aquél vio que "le sacaba algo del bolsillo" (fs. 158vta.). De este relato, no es posible determinar específicamente desde dónde Silva pudo ver los hechos, cuáles eran las "cosas" que se limpiaban; qué fue lo que se sustrajo del bolsillo, etc.

Por su parte, Salazar Tobar relató que el testigo Silva le dijo que los imputados desarrollaron "una actividad conocida como mostacero,"; que "empezó a forcejear con uno y los otros se fueron en un auto" (fs. 159). Adviértase, que se limitó a señalar aquello cuanto le relató el testigo, pero no pudo describir en qué consistió la actividad de 'mostacero' en este caso concreto.

Así pues, entiendo que mediante estos testimonios no es posible reconstruir adecuadamente el devenir histórico de los hechos en cuanto al objeto sustraído, la forma precisa en que ello ocurrió, con quién se produjo el forcejeo, etc. Los dichos de los preventores expresan la falta de detalle propia de quien no ha tenido un contacto directo con los acontecimientos.

En relación a las imprecisiones mencionadas, observo que el Tribunal tuvo por probado que Alegre Florentín participó en el hecho con dos hombres, pero que al momento de abordar a Olson lo hizo con sólo uno de sus consortes (ver fs. 166). Contrariamente a dicha versión, según el relato de los policías citados más arriba, en ese tramo del hecho intervinieron la imputada y dos personas del sexo masculino, circunstancia que es demostrativa de que no se pudo establecer claramente la real ocurrencia del suceso y la división de los roles de los que participaron.

En esta dirección, interesa recordar que Cafferata Nores sostiene que el testigo, al declarar, realiza una manifestación de conocimiento. Explica, que la información que pueda tener sobre los hechos investigados deberá haberla adquirido antes de ser llamado y por percepción sensorial: expresará lo que vio, oyó, olió, gustó y tocó. El llamado testigo de oídas, declarará lo que oyó sobre el hecho y no sobre el hecho mismo. Se le ha negado a sus dichos la calidad

de testimonio, pues escapa a la responsabilidad de lo que dijo si el otro no lo revela y se sustrae también a la valoración de su credibilidad; aparte de que lo que se cuenta de boca en boca se altera y se deforma progresivamente. (Cfr. Cafferata Nores, José I., "La Prueba en el proceso penal. Con especial referencia a los Códigos procesales penales de la Nación y de la Provincia de Córdoba", Abeledo Perrot, Séptima Edición, Buenos Aires, 2011, pág. 119, con cita de Manzini Vincenzo, "Tratado de Derecho Procesal Penal, trad. De Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1952, T. III, pág. 255).

En sentido concordante, se sostiene que "el testigo debe haber percibido en forma directa los hechos sobre los cuales declara. En este sentido carece de todo valor el relato de un narrador indirecto, un testigo de 'oídas', o de segundo grado, cuyo peso probatorio se desvanece debido a lo indirecto de la percepción" (Jauchen, Eduardo M. "La prueba en materia penal", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 111)

He de subrayar que en este caso, se presenta la particularidad de que todos los testimonios recabados han sido "de oídas", pues ninguna de las personas que declararon en el juicio presenciaron el hecho.

Esta ausencia impidió que los jueces verificaran su credibilidad, pues no se incorporó ninguna versión directa sobre el devenir del hecho frente a la cual se pudiera confrontar el relato de aquéllos, de modo tal de ponderar adecuadamente la verosimilitud de su testimonio, extremo que sella favorablemente la suerte del planteo defensivo.

Finalmente, sólo a modo de digresión, he de señalar que, sin perjuicio de lo expuesto en el primer acápite (en cuanto al exceso jurisdiccional en el ámbito probatorio), se reitera que los testigos convocados de oficio por el Tribunal (Cervi, Vidable y Verani), tampoco presenciaron los sucesos. En efecto, recuérdese que Cervi y Vidable sólo oficiaron de testigos de actuación una vez producida la detención y nada dijeron sobre el hecho, mientras que Verani únicamente declaró aquello que como intérprete pudo recordar de la versión del damnificado.

Claramente, también les cabe la calificación de testimonios indirectos en los términos precedentemente expuestos y, consecuentemente, -más allá de la invalidez en cuanto a su incorporación- carecen de entidad suficiente para arribar a un veredicto condenatorio, de conformidad con la doctrina citada.

d. Hasta aquí, se observa que las evidencias producidas marcan un déficit que obsta la adecuada acreditación de los hechos. Pero además, como aspecto central a remarcar, advierto que la obtención de los testimonios de oídas y la ausencia de las versiones de los protagonistas (que fueron introducidas indirectamente a través del relato de aquéllos) ha impedido que la defensa interrogue a Olson y a Silva en relación a su credibilidad; posibles inconsistencias; detalles del relato o inclusive circunstancias que pudieran tener incidencia en la significación jurídica asignada a los hechos.

Tal ausencia, no puede ser suplida por los dichos de quienes dicen haber escuchado su declaración. Entres otras posibles circunstancias a dilucidar a través del relato de los verdaderos protagonistas del evento, se encuentra la descripción de la secuencia de los hechos desde la perspectiva de la víctima; la especificación de las características del teléfono sustraído; la explicación sobre si medió fuerza, violencia o amenazas cuando se produjo la sustracción; la indicación precisa sobre qué rol cumplió la imputada; cómo eran -y concretamente qué actitud tuvieron- las personas que supuestamente participaron del evento; desde qué posición Silva tuvo oportunidad de ver el hecho; cómo se acercó; qué le dijo concretamente la víctima; cómo se dio a entender, etc.

En el particular contexto observado, se constata una afectación al derecho de defensa en juicio y debido proceso -tal como lo alega el recurrente- al incorporarse las declaraciones del damnificado Olson y del testigo Silva a través del testimonio indirecto de los preventores, al valorarlo posteriormente en el fallo examinado para tener por

constatada la sustracción del teléfono celular por parte de Alegre Florentín.

Aunque los magistrados pretendan tácitamente restar entidad a los dichos de Olson y Silva, considerándolos como un elemento de juicio más dentro del plexo probatorio producido en la causa, lo cierto es que se erigen como una prueba dirimente, para tener por corroborada la imputación. Así pues, el Tribunal ha construido su convencimiento sobre la actitud desplegada por la imputada y su grado de participación en el hecho, a partir de los dichos de los preventores, señalando -en lo que aquí interesa- que éstos habrían escuchado el relato del paseador de perros, quien a su vez dio una versión del damnificado.

Se debe insistir aquí en que no existe en la causa ningún otro testigo presencial del suceso, que eventualmente pudiera haber avalado tal relato. En definitiva, no se introdujeron al juicio otros datos que den sostén a la versión de la prevención, para dilucidar la real ocurrencia de los hechos.

Así las cosas, las declaraciones de Olson y Silva resultaban esenciales para la determinación del aspecto marcado, que se tuvo por cierto en la sentencia impugnada; por lo tanto, la falta de oportunidad que tuvo la defensa para controlar la producción de las declaraciones, contradecir e interrogar a los testigos de mención, ha conculcado el derecho de defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 18 de la C.N.; 8.2.f de la C.A.D.H.; y 14.3.e del P.I.D.C. y P.).

Resulta oportuno recordar, que nuestro Máximo Tribunal precisó en el precedente "Benítez" que "...el derecho de examinación 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" (conf. TEDH, caso Säidi vs. Francia, Serie A, N° 261-C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, párr. 43...asimismo, caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, serie A, N° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988)." - Fallos: 329: 5556-.

Esto es que una prueba dirimente, como son, las versiones de Olson y de Silva, sean debidamente controladas y se posibilite un contradictorio amplio como lo ordena nuestra Carta Magna; aspectos que no han sido satisfechos en el marco observado, provocando una lesión al sistema de garantías - fundado en los principios de contradicción, publicidad e imparcialidad-.

En esta línea de pensamiento, cabe evocar también las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal de Mallorca (puntualmente aquellas previstas en el art. 29a), en cuanto establecen que las pruebas deben ser producidas ante el Tribunal de juicio y si la comprobación de un hecho se sustenta en la percepción de una persona, deberá ser interrogada en el juicio oral, todo lo cual no se acredita en el caso.

Se verifica en la especie, una ausencia de pruebas de cargo para sustentar la tesis de la acusación; actividad que compete exclusiva y excluyentemente al Ministerio Público Fiscal, y que no puede ser suplida por la actividad jurisdiccional del Tribunal.

En suma, ante la orfandad de elementos de convicción demostrativos de la forma en que ocurrieron los hechos, toda vez que -como se analizó precedentemente- las presunciones a partir de las cuales se infiere la conclusión, resultan insuficientes para apoyar la declaración de culpabilidad de la imputada en relación a los hechos endilgados con el grado de certeza que esta etapa procesal requiere, entiendo que el veredicto de condena queda huérfano de sustento, por lo que se impone su anulación como acto jurisdiccional válido.

En virtud de todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar, sin costas, al recurso de casación deducido por la defensa, declarar la nulidad de la sentencia de fs. 164/171 y absolver de culpa y cargo a Lucía Fátima Alegre Florentín o Lucía Fátima Alegre Velázquez o María Susana Florentín Ayala en orden al delito que fuera materia de acusación (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; 8, inc. 2° -primer

párrafo- y apartado "f" de la CADH; 14, inc. 2° y 3° apartado "e" del PIDC P; 3°, 123, 404 inc. 2°, 398, 456, 470, 471, 530 y cc. del CPPN).

Tal es mi voto.

La señora jueza doctora **Ana María Figueroa** dijo:

La revisión casatoria supone justamente el control de razonabilidad de la sentencia del tribunal, excluyendo todo aquello que la Casación no pueda acceder por depender de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral, pues se encuentran íntimamente relacionadas con la inmediación (cfr. Bacigalupo, Enrique "Presunción de inocencia *in dubio pro reo* y recurso de casación" en La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Ed. Ad Hoc., pág. 13, 32/33 y 44).

Al respecto es menester recordar que uno de los principios básicos que rige el proceso penal, es aquel por el cual toda persona se reputa inocente, hasta tanto una sentencia firme declare su culpabilidad, incumbiendo a la parte acusadora la demostración de la responsabilidad del imputado y no a éste la de su inocencia. Ello surge de la garantía emergente del artículo 18 de la Constitución Nacional, según el cual "*ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo...*" (artículos 8.2 CADH; 14.2 PDCyP; 26 DADDH y 11.1 DUDH).

En este sentido, Julio Maier entiende que "*la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible [...] hasta tanto el Estado [...] no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena*" (cfr. "Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, pág. 490).

Que homologar la sentencia ante las falencias señaladas en el voto de la jueza Ledesma, supone vaciar de contenido al principio *in dubio pro reo* en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre la participación de la imputada en el suceso. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose cuanto mucho, de una hipótesis de

probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia de la acusada con base en aquél principio (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación).

Tal como lo señala en su voto la jueza que lidera este acuerdo, existe orfandad probatoria respecto de la culpabilidad que en el suceso podría haberle cabido a Alegre Florentín, con estas aclaraciones, adhiero a la solución propuesta (considerando III, punto c y d).

Por ello, en consecuencia, propicio hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa, por estricta aplicación del principio de *in dubio pro reo* (artículo 3 del CPPN), anular la sentencia recurrida y en definitiva absolver a la imputada por el hecho que fuera materia de acusación.

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

Concuerdo con las conclusiones de la juez que lleva la voz, que por lo demás coincide con la interpretación que sobre el tópico he sostenido en la causa n° 8660 del registro de esta Sala, caratulada: "RUBISSE, César Augusto s/ recurso de casación" (Reg. N° 19968, rta. el 23/5/12). Así las cosas, en las particulares circunstancias que revela el hecho en trato, por imperio del *favor rei*, expido mi voto en el mismo sentido.

Así voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribuna **RESUELVE:**

HACER LUGAR, sin costas, al recurso de casación deducido por la defensa, **DECLARAR** la nulidad de la sentencia de fs. 164/171 y **ABSOLVER** de culpa y cargo a Lucía Fátima Alegre Florentín o Lucía Fátima Alegre Velázquez o María Susana Florentín Ayala en orden al delito que fuera materia de acusación (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; 8, inc. 2° - primer párrafo- y apartado "f" de la CADH; 14, inc. 2° y 3° apartado "e" del PIDC P; 3°, 123, 404 inc. 2°, 398, 456, 470, 471, 530 y cc. del CPPN).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a

los fines del art. 400, primera parte del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 455 del mismo ordenamiento legal, y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Dres. Alejandro W. Slokar, Ana María Figueroa y Angela E. Ledesma. Ante mí María Jimena Monsalve.