

En la ciudad de Dolores, a los catorce días del mes de abril del año dos mil veinte, reunida la Excma. Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal, Sala I, de este Departamento, en Acuerdo Ordinario, a objeto de dictar sentencia en el juicio caratulado: "BENICELLI, MATIAS FRANCO; CINALLI, BLAS; COMELLI, ENZO TOMAS, GUARINO, JUAN PEDRO; MILANESI, ALEJO; PERTOSSO, CIRO; PERTOSSO, LUCAS FIDEL; PERTOSSO, LUCIANO; THOMSEN, MAXIMO PABLO; VENTURA, PABLO; VIOLLAZ, AYRTON MICHAEL S/HOMICIDIO AGRAVADO POR CONCURSO PREMEDITADO DE DOS O MAS PERSONAS CON ENSAÑAMIENTO, ALEVOSIA O INSIDIA. LESIONES LEVES. (JGTIASN°6) IPP 04-349-20 Causa n° 23238", se procedió a practicar el sorteo que determinan los artículos 41 Ley 5.827 Orgánica del Poder Judicial y 266 del Código Procesal (Ley 7.425), resultando del mismo que la votación debía ser en el orden siguiente: Doctores: Luis Felipe Defelitto, Fernando Sotelo, Susana Miriam Darling Yaltone.-

#### A N T E C E D E N T E S

A fs. 1761/1787 luce la resolución del magistrado de instancia, mediante la cual convierte en prisión preventiva la detención de Luciano Pertossi; Lucas Fidel Pertossi; Enzo Tomás Comelli; Ciro Pertossi; Máximo Pablo Thomsen; Matías Franco Benicelli; Blas Cinalli y Ayrton Michael Viollaz por suponerlos probables coautores penalmente responsables a Thomsen Máximo y Pertossi Ciro, y probables partícipes necesarios a Pertossi Luciano; Pertossi Lucas Fisdel; Comelli Enzo Tomás; Benicelli Matías Franco; Cinalli Blas y Viollaz Ayrton Michael del delito de homicidio agravado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas, en los términos de los arts. 45 y 80 incisos 2º y 6º del Código Penal.

Contra la misma, interpone recurso de apelación el defensor particular de todos los imputados, Hugo José Tomei, el que obra a fs. 2032/2041.

Se agravia la defensa del rechazo de las nulidades planteadas en el transcurso de la audiencia que contempla el artículo 168 bis (ver fs. 1625/1627 y vta.), como del mismo modo alude al cambio de la

calificación legal y el tema referido a los denominados peligros procesales.

En el punto III (ver fs. 2040 vta.), solicitó se designe audiencia a los fines de informar oralmente.

Por presidencia, se resolvió que, previo a la designación de la audiencia antes aludida, se corra vista en primer término al Fiscal General, conforme lo normado en el artículo 205 *in fine* y 437 del Código de Procedimiento Penal (ver fs. 2125).

A fs. 2131, el señor defensor solicita la autorización de la publicidad de la audiencia, lo que fuera resuelto en forma favorable. Incluso, se permitió y se autorizó la presencia de aquellas personas que las partes estimen pertinentes.

A fs. 2139, el Fiscal general contesta la vista conferida, expresando que, habiéndose fijado audiencia, será en la misma donde rebatirá los argumentos del impugnante.

Pasada la causa en vista al Particular Damnificado (fs. 2140), se expresa en el mismo sentido que el Fiscal General (fs. 2147/2148).

A fs. 2149, se designa la audiencia respectiva para el jueves 19 de marzo a las 11:00 hs.

A fs. 2156, esta Alzada, tomando en consideración diversas circunstancias, pero especialmente y de público y notorio, las medidas que fue adoptando el gobierno Nacional, Provincial y la Suprema Corte de Justicia (vg., resolución 149/20) por el Covid 19, resolvió suspender la misma y continuar el trámite -traslados de vistas- por escrito.

A fs. 2165, con posterioridad a lo resuelto, pero el mismo día en que se resolviera suspender la audiencia, el propio Particular Damnificado solicitaba que se deje sin efecto la audiencia y se informe por escrito.

A fs. 2167/2171, luce la presentación del Fiscal General, solicitando, por las razones de derecho y hecho que expone, se rechacen las nulidades planteadas por la defensa (tanto de la presente causa

como las del incidente de recusación contra la fiscal interviniente) y se confirmen ambas resoluciones.

A fs. 2171, se corre traslado al Particular damnificado quien contesta a fs. 2177/2204 vta. Al igual que el Fiscal General, por las razones de hecho y derecho que expone, entiende que deben ser rechazadas las nulidades planteadas, tanto en la presente causa, como en las del incidente de recusación.

A fs. 2205 se le corre traslado a la defensa particular, con copia (a través de escaneo), de la presentación del Fiscal General como la del particular damnificado.

Habiéndose comunicado que parte de la presentación del particular damnificado no podían visualizarse bien, y a raíz de la situación pública y notoria, se tomaron fotografías de aquella y fueron enviadas a través del WhatsApp al número del celular que el nombrado aportara. Del mismo modo, del antecedente jurisprudencial que menciona el Fiscal General en su presentación (ver informe de fs 2207 vta.).

A fs. 2208/2253 luce la presentación efectuada por el señor defensor particular. Por las razones que allí expone, solicita se revoque la resolución del señor de garantías y se decrete la nulidad de las declaraciones de los imputados (fs. 260/298) y de todos los actos que de ella dependen (principalmente la prisión preventiva) y se ordene la inmediata libertad de los imputados; se decrete la nulidad de la descripción del hecho incorporado en el auto de prisión preventiva (fs. 1766/1767) y de todos los actos que sean su consecuencia, ordenando la libertad de los imputados; en su caso, se decrete la nulidad de la diligencia del reconocimiento de Santiago Corbo y la declaración testimonial de Bidonde; se proceda al cambio de calificación (art. 81 inc. b, o por el art. 95, ambos del Código Penal y se disponga el cese de la medida cautelar por la inexistencia de peligros procesales.

A fs. 2254 se notifica a las partes de la nueva integración de esta Alzada, tomando en consideración, dados los hechos que son de

conocimiento público, los únicos magistrados que se encuentran prestando servicios.

A fs. 2261, atento la resolución de presidencia de la Suprema Corte de Justicia (14/20), que autoriza la remisión de las constancias del expediente que se crean necesarias e imprescindibles, previo tomar todos los recaudos de higienización, se deja sin efecto la integración comunicada a fs. 2254 a las partes, disponiendo que intervengan los miembros de esta Sala 1, tal como lo fue desde su radicación.

Encontrándose en estado de resolver, la Cámara decidió plantear y votar las siguientes:

**CUESTIONES**

**1ra. ¿Se ajusta a derecho la resolución recurrida?**

**2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?**

**A la primera cuestión, el señor Juez Dr. Defelitto, dijo:**

Responderé cada uno de los agravios del Sr. Defensor particular, en el orden que han sido interpuestos.

Con ello hago alusión al escrito de fs. 2032/2041, que abrió la competencia y alcance de esta Alzada. Ello por cuanto –y me referiré oportunamente– en la contestación del traslado conferido (ver fs. 2208/2253), la defensa agrega nuevos agravios y cuestiones que no fueron motivo de su presentación originaria.

Rige, sin hesitación, el artículo 434 del CPP cuando expresa: “Los recursos atribuirán al tribunal de alzada el conocimiento del proceso solo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos de agravios, salvo si se tratare de causales de nulidad absoluta, respecto a las cuales aquél órgano jurisdiccional podrá pronunciarse”. Lo expuesto, sin perjuicio que se puede conocer más allá cuando eso permita mejorar la situación del imputado (art. 435, CPP).

**Sobre la incorporación del testigo Corbo en la rueda de reconocimiento.**

Cabe aclarar que señala que el razonamiento del magistrado de instancia adolece de la falacia de atinencia (apelación al argumento

equivocado), pues no da respuesta o no aborda la cuestión nodal de su planteo: la improcedencia de rectificar las manifestaciones expresadas mediante juramento en una declaración testimonial por los dichos comunicados telefónicamente.

Sostiene la defensa que el testigo Corbo, al prestar declaración testimonial, expresa que no estaría en condiciones de reconocerlos. No obstante, cuatro días después, se deja constancia que se habría comunicado telefónicamente con la fiscalía y que estaría en condiciones de reconocer a alguno de los imputados. Ante ello, y sin juramentar, se lo citó directamente a la diligencia de reconocimiento en rueda de personas en la cual, finalmente, reconoció a Viollaz.

La defensa sostiene que ante los dichos vertidos en su primer declaración (no estaría en condiciones de reconocer a nadie) y el llamado telefónico (que sí lo estaría), antes de citarlo a la rueda de reconocimiento, debió tomarle una nueva declaración testimonial bajo juramento de ley en donde explique y pueda ser examinado en profundidad por la alteración grave de sus recuerdos.

Recalca que el antecedente válido para asistir a una rueda de reconocimiento es la declaración testimonial, bajo juramento, y en la que se aluda a una mención para una posible futura indicación. El llamado telefónico no puede servir para rectificar una declaración anterior.

Corbo, sostiene, no fue confrontado con su propio relato por la fiscalía, previo a la diligencia, con el fin de evitar la participación de un testigo mendaz en una diligencia de prueba fundamental. Agrega, a todo ello, que la desmesurada saturación informativa que implicó la constatación de la difusión de las imágenes de los imputados en una suerte de cadena nacional espontánea, se encargó del resto.

En su escrito de contestación a las vistas conferidas, se refiere a este punto a fs. 2236/2238, manteniendo su postura que debe declararse la nulidad, advirtiéndole que el Fiscal General, en su correspondiente vista y contestando el planteo en tratamiento, no sintetizó con precisión su planteo, pues nunca solicitó la nulidad de

la declaración de fs. 75, puesto que a la misma le otorga suma legitimidad.

La nulidad debe ser rechazada.

El procedimiento que debió seguir la fiscalía, según la postura de la defensa, sólo es una opinión del defensor, pero no hay norma alguna que así imponga tal proceder.

Desde que el testigo ya había declarado, la comunicación telefónica expresando que podría reconocer a alguien, habilita, sin impedimento legal alguno, a que la fiscal, tal como lo hizo, lo cite a la rueda de reconocimiento.

No se trata ni de rectificar ni de retractarse de una declaración previa, como sostiene la defensa.

Podría llamar la atención si una persona llama y directamente concurre a la rueda de reconocimiento (cuestión que tampoco se encuentra vedada). Pero de una persona que ya había declarado y que luego se comunica porque estaría en condiciones de reconocer, no encuentro violación a norma legal alguna, menos aún afectación a la defensa como sostiene el Sr. Defensor.

No es la primera vez –y creo que no será la última– que un testigo exprese que no estaría en condiciones de reconocer a nadie y luego, con el transcurso del tiempo, exprese que si lo esté.

Pero que sea necesario recepcionarle una nueva declaración testimonial para que explique porqué ahora estaría en condiciones de reconocer y recién ahí, después de esta segunda declaración, habilitarlo para proceder a intervenir en la pertinente rueda de reconocimiento, es sólo una postura que sostiene el defensor, no la ley.

Pero por otra parte, la situación mencionada por el defensor, en el sentido que el testigo había dicho que no se encontraría en condiciones de reconocer a nadie, debe ser aclarada o puesta en su real dimensión:

a) el testigo habla en potencial (que no estaría), cuestión por demás entendible por el suceso traumático que le tocó presenciar y

b)tal como señala el a quo, en la misma declaración, dice textualmente que "no recuerda bien como era físicamente, pero creo que tenía puesta una remera blanca, estatura media, tez blanca, pelo morocho lacio...". Cuando es el propio defensor el que sostiene que "la participación en el reconocimiento necesita una mención previa que posibilite la futura indicación (art. 257)", creo que va de suyo que ello tuvo lugar. Y aclaro, esta descripción es previa a lo que la defensa denomina "cadena nacional", pues fue brindada (a pesar que se consigna erróneamente el año) a las 07:22 hs del 18 de enero.

Aquí señalo que las pautas que establece la ley para que el reconocimiento sea válido han sido debidamente cumplidas: el defensor del imputado ha sido notificado con la antelación debida (art. 259 *in fine*).

Primordial resulta señalar que la defensa estuvo presente en dicha diligencia y nada objetó.

Pero también aclaro que dicha diligencia es realizada por el testigo bajo juramento de ley y que, previo al reconocimiento propiamente dicho, debe describir a la persona en cuestión. Nada impidió que, en esa oportunidad, la defensa interrogara o preguntara sobre su aparente cambio.

Y agrego un dato más (si bien no se hace referencia al llamado telefónico, cuestión totalmente intrascendente): la defensa fue notificada que el testigo se incorporaba, al igual que Bidonde, a los reconocimientos en rueda de personas (fs. 785).

A diferencia de lo que sostiene la defensa, no hay un solo dicho del testigo bajo juramento, sino dos: la primera declaración y el reconocimiento en rueda que no es sino la exteriorización de un testimonio.

El reconocimiento efectuado —y los sucesos previos, especialmente, el llamado telefónico— son todos actos válidos. Por otro andarivel puede eventualmente valorarse la credibilidad o no del testigo, cuestión que hace a la apreciación de la prueba y su valor convictivo.

No hay prueba alguna, amén de los propios dichos del defensor, que me permita sostener, ni siquiera sospechar, que el accionar del testigo lo ha sido por influencia de terceras personas o porque vio a quién reconoció por "cadena nacional". Todo lo contrario.

El testigo en cuestión participó de once (11) reconocimientos en rueda de personas y sólo en uno reconoció en forma positiva al imputado Viollaz. Esto refuerza aún más la credibilidad del mismo (pues en el de fs. 1115/1117 expresó que le parecía el número 2 –aclaro que no se trataba de ninguno de los imputados–) y que, en consecuencia, mal puede sostenerse que los medios masivos de comunicación influyeron en su persona. Todo lo contrario. En su declaración describió a uno, y a uno reconoció.

El acto es válido y, en consecuencia, la nulidad debe ser rechazada.

#### **La nulidad del acta de declaración testimonial del testigo Tomas Bidonde**

Sostiene la defensa que, conforme el acta de la pertinente declaración, el testigo comparece ante "la presencia de la suscripta" y "secretario de actuación", dejándose constancia de la presencia del particular damnificado Burlando, observándose al pie de página tres firmas: la del testigo, la auxiliar letrada y Burlando. No firma Amendolara (quién aparece en el acta participando ni se dejó constancia en que momento ingresó a la audiencia) ni la fiscal, pues entiende la defensa que en el encabezamiento, cuando se alude como presente "la suscripta", debe ser identificado como agente fiscal.

Citando en su apoyo lo normado en los artículos 118 y 119 del código de procedimiento, y ante las falencias antes aludidas, sostiene que se impone la nulidad relativa (art. 201).

En relación a la falta de firma de la fiscal en el acta en cuestión, entiendo que es una mera suposición del defensor, pues asimila "suscripta" con "fiscal".

Ni siquiera estamos frente a una nulidad relativa.

Es evidente que la fiscal no estuvo presente en dicha diligencia. Por ese motivo no la firmó. Ello por cuanto es el mismo defensor el que expresa "en el mismo momento de la declaración del testigo la Sra. Fiscal, estaba participando de una diligencia probatoria con la asistencia de este defensor y los imputados, distante de la sede judicial".

Ni tampoco es necesario que las reciba exclusivamente la fiscal.

Lo que vengo sosteniendo tiene una sencilla razón legal: el artículo 39 de la ley 14442. Dicha norma claramente establece que los funcionarios letrados auxiliares del Ministerio Público Fiscal **pueden intervenir en representación de aquéllos en audiencias** y actos de trámite en general, y en cualquier tarea inherente a su ministerio, **suscribiendo por sí actas** y escritos en causas judiciales (la negrita me pertenece).

Esta norma no ha sido atacada de inconstitucional. De mi parte agregó que la misma no merece reproche alguno, tanto efectuando un control de constitucionalidad, como el de convencionalidad, ambos de oficio.

En consecuencia, si pueden intervenir en representación del Fiscal, va de suyo que están facultados –diría obligados– a recibir el juramento de ley a quien preste declaración testimonial. Caso contrario, la norma carecería de razón práctica.

La orden previa y escrita de delegación de funciones que exige el defensor –aceptando un criterio amplio–, no está contemplada como requisito.

Por otra parte, el recibir un testimonio por un letrado del Ministerio Público Fiscal no implica, como parece sostener la defensa, la disposición de la acción pública ni compromete la legitimación de dicho Ministerio. Diría todo lo contrario.

Tan es así que es el propio art. 39 ya mencionado donde expresa aquellos actos que no pueden realizar: promover o desistir de la acción, ni de los recursos interpuestos y, en materia penal, no pueden tomar declaración al imputado, requerir la elevación a juicio o

decidir no hacerlo, ni prestar conformidad en juicio abreviado no conducir el debate.

*Ergo*, todo lo que no está expresamente prohibido, está permitido.

El alcance que quiere otorgarle la defensa al artículo 232 del CPP (sólo se faculta a interrogar al testigo al Agente Fiscal) tiene un límite lógico: si el testimonio lo recibe personalmente la Fiscal. Pero no es el caso que nos ocupa.

La cita del artículo 100 del CPP, no es aplicable al caso, pues no es la fiscal, reitero, quien recibe dicho testimonio.

Es de destacar todo el razonamiento argumental que efectúa la defensa en referencia a este tema. Entiendo que sus argumentos, al menos en el caso que nos ocupa, no encuentran apoyatura en alguna norma —como lo he venido explicando— que torne que la declaración en cuestión se encuentre viciada.

La defensa cuestionaba que no se había dejado constancia en qué momento se había hecho presente uno de los representantes del particular damnificado y el motivo por el cual no había firmado.

Me refiero al tema de Améndola.

En su escrito (ver fs. 2240) alude a que el Fiscal General debió haber efectuado una atenta lectura de los motivos de agravios, pues responde una cuestión que no fue planteada: la defensa expresa que en el acta figura Amendola preguntando y es sobre él que efectúa las consideraciones antes mencionadas. Nada dice de Burlando que, tal como señala el Fiscal General, aparece firmando el acta, cuestión que nunca fue discutida.

Esta cuestión es aclarada por los propios particulares damnificados al contestar la vista, expresando que se trata de un error material, pues quien sí estuvo presente en dicha audiencia fue Burlando y no Améndola, quien no asistió a la misma (ver fs. 2192 vta.).

Partiendo de la buena fe, no tengo motivos para descreer en sus manifestaciones.

Pero si en tren de hipótesis no les creyera, cabe advertir que no se encuentra prevista bajo sanción de nulidad, dejar constancia en qué momento se habría hecho presente en la audiencia respectiva.

Debe recordarse que el artículo 3 del CPP establece la interpretación restrictiva en diversas materias, de las cuales, una de ellas, es todo lo relacionado con las nulidades. Que, aún en el caso de inobservancia de las disposiciones establecidas para la realización de determinados actos, debe, necesariamente, producir perjuicio para quién la alegue. La nulidad por la nulidad misma no tiene cabida en nuestro ordenamiento procesal.

Tampoco hubiese sido nula por no haberla rubricado uno de los representantes del particular damnificado. Lo sería, por ejemplo, si no hubiese firmado el testigo.

Asimismo, la defensa no ha demostrado, ni siquiera mínimamente, cuál fue el perjuicio que le ocasionó la falta de firma de aquél (reitero, si hubiese concurrido).

Claramente, a mi entender, y lo reitero nuevamente, no hay perjuicio alguno ni afectación a la defensa. Consecuentemente, no concurre nulidad alguna, ni siquiera relativa.

El informe que luce a fs. 1628 (efectuado por el Dr. Alejandro Steverlynck, dejando constancia que presenció dicha audiencia en calidad de secretario, omitiendo firmar por error), ni quita ni agrega nada a mi previo razonamiento.

Debe, en consecuencia, rechazarse el planteo efectuado por la defensa.

**Nulidad absoluta de las actas de la declaración de los imputados (Art. 308 del C.P.P.)**

Expresa el defensor que en la audiencia respectiva argumentó y denunció falsedad ideológica contenida en las actas de las declaraciones del art. 308 y que el magistrado omitió tratar sus argumentos, rechazando su planteo en un total de 34 renglones.

¿Cuál es el planteo básico de la defensa para sostener la nulidad que analizo?

Brevemente expondré sus argumentos:

a. La imposibilidad que la fiscalía en uno, dos, tres, cuatro o cinco minutos como máximo, haya podido comunicar derechos; hacer saber la intimación; informar detalladamente los hechos; la prueba; explicar el derecho a excarcelación; anotación de los datos personales; dar lectura a viva voz y luego firmar todos los presentes las actas respectivas.

Toma en cuenta para ello el horario de inicio de cada una de las declaraciones a tenor del artículo 308 para demostrar este punto: 22:25; 22:26; 22:27; 22:30; 22:35; 22:39; 22:41; 22:43; 22:45 y 22:50.

b. Las actas obrantes a fs. 267/270, 275/278 y 283/286 carecen de una de las firmas anunciadas en el encabezamiento (aclaro que la defensa no dice quién no firmó).

c. Que la entrevista previa de tres de sus asistidos no habría existido, pues conforme horario en que la defensora dejó constancia de tales entrevistas (22:29), tres declaraciones a tenor del artículo 308 del CPP ya habrían acaecido.

No es necesario realizar el "ejercicio" que efectuó el defensor y cronometrar el tiempo que pueda demandar cada declaración.

Cabe concordar con la defensa que, tomando en cuenta el horario de comienzo de cada declaración y el nulo o escaso tiempo transcurrido entre ellas, es imposible dar cabal cumplimiento con lo normado en el CPP. Pero daré mi respuesta a ello, demostrando que ello no ha sido así.

d. De haberse leído, sostiene, se habrían dado cuenta, al menos, que se señalaba el año 2019 y no el 2020 como corresponde. Puede deberse a error de tipeo, pero si se hubiesen leído como manda la ley bajo pena de nulidad, no habría pasado ese dato desapercibido.

e. Sostiene que se les hizo firmar a personas privadas de su libertad actas que no reflejaron la realidad acontecida delante de la defensora oficial, la del Estado. En consecuencia, la defensora es responsable de la complicidad en la falsedad de las actas.

Tomando en cuenta los horarios, se pregunta cuánto tiempo la defensora dedicó a los detenidos para ponerlos en conocimiento de la causa y la prueba.

Agrega que la defensora potenció los poderes investigativos del Estado permitiendo que sus asistidos no conozcan los hechos materias de investigación. Que permitió que la fiscalía omite comunicar detalladamente a sus defendidos los derechos que le asisten, el hecho imputado y la evidencia. Todo ello no se subsana con la firma de los imputados en cada acta pues, a su entender, su consentimiento está viciado por la privación de libertad y la errónea creencia que la defensa técnica velaba por sus derechos constitucionales.

Agregó, que existe en trámite una causa por la denuncia efectuada por el defensor en la audiencia respectiva.

Demás está decir que la defensa mantiene el planteo efectuado, agregando otras consideraciones (ver principalmente fs. 2217 vta. /2226).

Desde ya anticipo mi opinión en cuanto al rechazo de la nulidad articulada, por las razones que seguidamente expondré.

La denuncia que efectuó (a la fecha desestimada y confirmada por el Fiscal general) a los funcionarios actuantes era la única manera de poder sostener la nulidad y falsedad planteadas. Digo ello, pues entiendo que el señor defensor no lo desconoce, que la Defensa es única y los actos realizados por quien lo precedió son válidos. Sin la mentada denuncia, el planteo carece de sustento alguno.

Así, entre otros, lo ha sostenido el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires:

El Ministerio de la defensa está signado por el dato de continuidad, sea que el encartado desee ser asistido por un letrado de su confianza o acuda a la defensa promiscua oficial, por lo que produciéndose la sustitución que se ha verificado en autos no pueden desandarse los caminos que admitió el antecesor en el desempeño de esa función" (Causa 6298, Tribunal de Casación, Sala 1, 18/4/02).

La defensora oficial estuvo presente. La defensora oficial mantuvo entrevista previa. La defensora oficial, en dicha entrevista, pone en conocimiento de los imputados las prueba y el hecho que se les imputa. La defensora oficial es quién les aconsejó que no declaren. La defensora oficial ejerció su mandato y estampó su firma en cada una de las declaraciones de los imputados.

No aporta prueba alguna de sus dichos, sólo la cuestión horaria, base por la cual -reitero- denunció a todos los funcionarios que participaron en las declaraciones a tenor del artículo 308 del CPP.

El punto crucial en esta cuestión se visualiza en el consejo dado por la Defensa Oficial y respetado por los imputados pues hicieron uso de su derecho de negarse a declarar, y en este tópico me pregunto: ¿Dónde está el perjuicio que justifique una declaración de nulidad?

Si por perjuicio entiende que no se cumplieron las formas establecidas por el Código de Procedimiento Penal y que nadie puede declarar de lo que no se le ha hecho saber, a ello me referiré más adelante.

Así la SCBA ha dicho, por ejemplo, en Causa P. 112.165, "Martínez, Guillermo Irineo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 38.362. Tribunal de Casación -Sala I-" y acumulada P. 112.604 de idéntica carátula, 26/8/15, que:

Las nulidades no tienen por fin satisfacer pruritos formales sino enmendar perjuicios efectivos que pudieren surgir de las desviaciones procesales, cada vez que estas desviaciones supongan una restricción de la garantía de defensa en juicio o del debido proceso, y en la especie, no concurren estas circunstancias (art. 203 del C.P.P. y conc.; doct. P. 96.779, sent. del 17/VIII/2007; P. 103.649, sent. del 13/V/2009; P. 94.876, sent. del 10/VI/2009; P. 72.430, sent. del 7/X/2009; P. 98.7690, sent. del 3/III/2010; P. 103.201, sent. del 28/V/2010; P. 109.062, resol. del 18/V/2011; P. 109.012, resol. del 6/VII/2011; P. 108.312, resol. del 3/X/2012; P. 111.879 y P. 113.311, resols. del 19/XII/2012; P. 113.098 y P. 113.947, resols. del 10/IV/2013; P. 114.236 y P. 117.397, resols. del 3/VII/2013; P.

114.637, resol. del 25/IX/2013; P. 113.880, resol. del 16/X/2013; P. 112.706, resol. del 6/XI/2013; P. 103.251, resol. del 4/XII/2013; P. 112.700, resol. del 11/XII/2013; P. 112.879, resol. del 18/XII/2013; P. 117.101 y P. 117.712, ambas resols. del 3/III/2014; P. 113.572, resol. del 26/III/2014; P. 118.379, sent. del 3/IV/2014; P. 119.599, resol. del 16/IV/2014; P. 118.682, resol. del 23/IV/2014; e./o.).

Así las cosas, no expuso el señor Defensor, al interponer el presente recurso extraordinario, cuál es el perjuicio concreto, ni que defensa se privó de ejercer, que pueda eventualmente ser reparada mediante la anulación de la sentencia. En definitiva, nunca se vio privado del ejercicio de la defensa técnica y material (arg. art. 18, C.N.).

Pensar que la defensora oficial no cumplió con su tarea y sostener que en forma deliberada permitió que la fiscal omita dar debido cumplimiento con todos los requisitos que exige y rodea la declaración a tenor del artículo 308, no tiene basamento alguno.

Pues cabe preguntarse, en consecuencia, cual es la ventaja que podía obtener en la investigación el hecho de informarles deliberadamente mal a los imputados el hecho enrostrado (por el cual, por otra parte, se les dictó la prisión preventiva) para, a renglón seguido, aconsejarles que no declaren (negativa que no puede ser alegada en su contra y que los habilita a declarar cuantas veces quieran –arg. art. 317). Es un relato conspirativo sin asidero alguno.

Pero voy, para demostrar lo que afirmo, al tema horario.

En primer lugar, quisiera decir que, si en las declaraciones no se hubiese dejado constancia del horario, las mismas son válidas, pues su omisión no es causal de nulidad (arg. arts. 118 y 119, CPP).

Es cierto que hay un error en el año y es el mismo código el que establece que el mismo puede subsanarse tomando en cuenta las actuaciones anteriores y posteriores. Sobre este tópico, la defensa no insiste (sólo que, si se hubiesen leído, alguien habría advertido el error), pues no tendría acogida alguna. Bastaría decir que nadie

puede recibir una declaración sobre un hecho cuando todavía no ha sucedido: en el año 2019, la víctima vivía.

También es importante señalar que el horario de las actas da cuenta del inicio de las mismas, no así de su finalización.

Pero quiero destacar algo que demuestra a mi entender, que los horarios estampados en el inicio de cada declaración no significan el alcance que le otorga el defensor y que, en consecuencia, no se haya dado debido y cabal cumplimiento con todos los recaudos legales. Todo lo contrario: a los imputados se les hizo saber todos y cada uno de sus derechos, de la misma manera que la prueba y el hecho imputado como demás circunstancias que aparecen reflejadas en el acta.

Haciendo el mismo ejercicio –me refiero a cronometrar el tiempo– que la defensa, tomemos como ejemplo la declaración de Máximo Pablo Thomsen y Juan Pedro Guarino que, según la defensa, “ocupó un tiempo menor a un minuto, comenzando a las **22:25hs.** (fs. 260/262); para finalizar poco antes de las **22:26hs.** (fs. 263/266), puesto que a esa hora se dio inicio a la declaración del segundo imputado Juan Pedro Guarino; que concluyó un minuto después, a las **22:27hs.** (fs. 267/270)...”.

Pues bien: es imposible que en menos de un minuto (pues la declaración debe imprimirse y firmarse, entre otras cuestiones), la fiscal pueda dar cumplimiento, siquiera, al interrogatorio de identificación del imputado, pues ese solo interrogatorio significa(lo que conlleva preguntar, esperar la respuesta y escribirla) que el imputado proporcione su nombre, apellido, sobrenombre o apodo (si lo tuviere), edad, estado, profesión, nacionalidad, lugar de nacimiento, domicilios principales, lugares de residencia anteriores y condiciones de vida; si sabe leer y escribir; nombre, estado y profesión de los padres; si ha sido procesado y, en su caso, por qué causa, por qué tribunal, qué sentencia recayó y si ella fue cumplida.

A ello agrego, que también debe contabilizarse el tiempo en preguntar, responder y transcribir los números de los celulares de

cada uno de los imputados (uno no lo recordaba y otro agrega, además, el hijo).

Y por último, cabe mencionar que se deja constancia que los imputados se niegan a declarar por consejo de la defensora oficial pues los progenitores le habían informado que se presentaría un letrado de su confianza, acompañando, inclusive, una nota manuscrita (ver fs. 299).

Eso, es indiscutible, fue cumplido y nadie ha sostenido que los datos consignados de cada uno de los imputados sean falsos, inventados o que la fiscal haya consignado lo que se le viniera en mente. Datos que obviamente, la fiscal los desconocía en su inmensa mayoría y, aquellos que podía conocer (por ejemplo, nombre y apellido), corroborarlos. Tampoco lo expresado por la defensora en cuanto a lo que le habían transmitidos los padres, pues no sólo acompaña la nota sino, como es sabido, el hoy recurrente (ver fs. 319 y 507, respectivamente) acepta el cargo.

Esto, en mi opinión, hecha por tierra el argumento del defensor en cuanto al tiempo que demandó cada audiencia y que, en consecuencia, no se hayan cumplimentado todas las formalidades que establece la ley en la recepción de cada una de las declaraciones a tenor del artículo 308 del CPP, me refiero, a lo normado en los arts. 309 a 315 del CPP.

Creo haber dado respuesta al planteo del defensor, he refutado sus argumentos y, en consecuencia, nada indica que la fiscalía y la defensoría oficial se hayan apartado de cumplir con sus respectivas obligaciones.

En su presentación escrita (ver fs. 2220vta), en el desarrollo que efectúa sobre la intimación que debe hacerse en forma correcta, pues es la llave que abre la puerta a la posibilidad de defenderse eficientemente, expresa que es la propia fiscal la que reconoce no haberlo hecho. Ello por cuanto a fs. 1723, la Fiscal sostiene que les explicó la imputación que recaía sobre ellos, las pruebas que obraban en su contra, el derecho constitucional a no declarar, pero que todo ello lo hace a los diez imputados a la vez, haciéndoles saber ellos

que por el momento y dado que serían representados por un abogado particular, por el momento harían uso del derecho a no declarar.

La defensa ingresa a un tema propia de nuestra lengua. Dice que el verbo explicar (la fiscal dice que les explica la imputación) significa "dar a conocer a alguien lo que piensa" (conforme RAE). En consecuencia, la fiscal, en ningún momento, informó detalladamente el hecho.

A ello contesto que el verbo "explicar", conforme RAE, en su segunda acepción, significa "declarar o exponer cualquier materia, doctrina o texto difícil, con palabras muy claras para hacerlos más perceptibles" y, en su quinta acepción, "dar a conocer la causa o motivo de algo".

Ello me lleva a concluir que los imputados fueron informados en forma detallada –entre otras exigencias legales– del hecho que se les atribuye. No se vislumbra nulidad alguna en la manera en que lo hizo la fiscal. Y si bien no labró un acta única (así lo sostiene la defensa en el sentido que, si a los diez al mismo tiempo les hizo saber el hecho, nada impedía entonces que labrara una sola acta), es por el simple motivo que debe labrarse un acta por declaración (arg. art. 315, CPP).

La nulidad que contempla el art. 312 del CPP se refiera a la falta de la información detallada del hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse a declarar sin que su silencio implique presunción de su culpabilidad. Ello, como quedó expresado, fue cumplido.

Las declaraciones han sido recepcionadas conforme a derecho, sin violación a garantía constitucional alguna. Son válidas y las nulidades deben ser rechazadas (Arts. 308 a 319, 201 y ss., CPP).

En relación al tema referido a si las actas realmente se hubiesen leído, alguna de las partes se habría percatado que el año consignado (2019) era erróneo, no pasa de ser una mera suposición.

Por otra parte, el defensor sostiene que "el acto procesal viciado de nulidad absoluta no puede sanearse con la firma del

imputado, puesto que su consentimiento se encuentra viciado por la privación de libertad y la errónea creencia que la defensa técnica velaba por sus derechos constitucionales”.

Es inconcebible pensar que el consentimiento de un detenido está viciado por la sola privación de libertad, cuando todos los aquí sometidos a proceso, tienen instrucción más que elemental y no se ha alegado causal de inimputabilidad alguna. No medió ningún error en la creencia que estaban mal asesorados.

Y agrego (pues supuestamente la defensa sostiene que nunca se les hizo saber el hecho ni la prueba) que a fs. 259, todos los imputados son notificados de la prueba, de la descripción del hecho y de la fijación de la audiencia, habiendo firmado todos y cada uno de ellos.

¿También aquí firmaron los diez sin leer?

Cabe recordar, también, que de fs. 55 a 57 y 59 a 65, todos los imputados fueron notificados del artículo 60 del CPP. En estas notificaciones, se les hace saber el delito por el cual se encuentran aprehendidos.

Y si ello fuera poco, debe sumarse que desde fs. 246 a 255 son notificados que sus aprehensiones fueron convertidas en detenciones, informándoseles nuevamente el delito. Me pregunto: ¿en ambas ocasiones, todos los imputados, firmaron sin leer? ¿Podían desconocer porqué habían sido aprehendidos y luego detenidos?

En los dos casos anteriores, me refiero a la calificación legal provisoria.

A contrario de lo sostenido por la defensa en su apelación, entiendo que los imputados han tenido, en dichas oportunidades, una defensa eficaz y oportuna. Bajo ningún punto de vista puede sostenerse que hayan estado indefensos.

Queda claro, entonces, a mi entender que:

1) los horarios consignados en las respectivas actas no hacen a la nulidad planteada por la defensa, como ha sido *ut supra* fundado;

2) que todos los imputados tuvieron entrevista previa, descartándose que al menos tres, conforme horario estampado por la defensora oficial, no la hubiesen tenido;

3) tuvieron pleno conocimiento de la prueba y del hecho (notificación de fs. 259, entrevista previa y declaración a tenor del artículo 308);

4) todos firmaron y no hay prueba alguna que demuestre que no lo hayan hecho en forma voluntaria, libre y con pleno conocimiento;

5) ninguno prestó declaración, haciendo uso de su derecho y como ya afirmé, no se visualiza perjuicio alguno.

Asimismo, repitieron el uso del citado derecho al ampliarse el llamado a tenor del Art. 308 del C.P.P. (fs. 1885/1891; 1894/1899; 1903/1908vta.;1911/1916;1920/1924vta.;1928/1933vta.; 1937/1941vta.; 1945/1949vta.; 1996/2000vta y 2002/2006vta).

Máxime que solicitaron la presencia del juez de Garantías y ni aún en su presencia –garantizando la legalidad del acto a pedido de los imputados– prestaron declaración alguna (lo que demás está decir, están en pleno derecho).

Estima la defensa que “la necesidad de esta nueva declaración como imputado a tenor del art. 308 del C.P.P., solo puede argumentarse en función del delito de lesiones leves, que ha sido agregado a la imputación inicial, pero nunca en relación al delito de homicidio. La única explicación que existe para esta inadmisibles convocatoria de la Sra. Fiscal, es su necesidad e intención de intentar sanear las ilegalidades cometidas con anterioridad”. Solo se justificaba, a su entender, una nueva convocatoria en los términos del artículo 317 del C.P.P.

Lejos me encuentro de compartir las manifestaciones vertidas por la defensa.

Si en las primeras declaraciones a tenor del artículo 308 se mencionaban distintos grados de autoría y participación y una sola agravante; si el juez al dictar la prisión preventiva agrega una agravante más; no parece incongruente sino todo lo contrario, que la

fiscal los haya citado nuevamente e interiorizarlos, no sólo en relación a la agravante agregada por el magistrado al dictar la prisión preventiva, sino también al cambio de la participación que a su criterio les cupo a cada uno de los imputados en el hecho investigado.

Mal puede considerarse este tema como escándalo jurídico cuando sobre dicha cuestión (me refiero al principio de congruencia) la doctrina y jurisprudencia no es unánime.

No se trata de sanear ilegalidades supuestamente cometidas como sostiene el defensor. Se trata, en mi opinión, de una cuestión estrictamente jurídica con relación a la calificación legal y la participación criminal de los imputados.

Que hayan sido citados a tenor del artículo 308 y no del artículo 317, ambos del CPP, es una atribución exclusiva del Ministerio Público Fiscal.

Retomando la cuestión, se cumplió con la ley y no hay motivo alguno para hacer lugar a la nulidad planteada. El único basamento son los horarios de inicio de cada acta y creo ya haber dado respuesta más que suficiente al respecto.

La falsedad ideológica no se prueba sólo con meras manifestaciones o inferencias que se hace de una cuestión horaria. Hay que probarla, demostrarla.

Tal como reza el artículo 296 inc. a del CCCN, en cuanto a la eficacia probatoria de los instrumentos públicos, estos hacen plena fe en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él a ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal.

Téngase en cuenta que el citado artículo no toma en cuenta el horario en que el acto se desarrolló.

No habiéndose declarado la falsedad de las mismas, hacen plena fe de su contenido.

Amén que me cuesta creer que después de casi un mes "denuncien" la mentada violación constitucional, cuando al día siguiente de las tan cuestionadas audiencias ya había asumido su defensor de confianza.

Así: si mintieron (algunos de ellos) instantes después de cometido el hecho al personal de infantería, al negar haber participado en una "pelea". Está "*prima facie*" demostrado, a la fecha, y con la prueba recolectada, todo lo contrario.

Puedo inferir, en esta etapa procesal y con la provisoriedad de este tipo de pronunciamiento, que la mención de Pablo Ventura como no ajeno al hecho investigado provino de uno o algunos de ellos (y ya diré el motivo de esta inferencia). ¿Puedo creerles, entonces, cuando se refieren a la actitud que asumió la fiscal? Mi respuesta es negativa y vuelven a ser mendaces.

En su libro *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, Felipe Fucito, en su parte pertinente expresa: "Pero la corrupción de la función escrita es el farrago de papeles que ya nadie puede, por su extensión, leer. El bosque hace perder de vista el árbol... Se dirá que no se puede saber qué es lo importante hasta que sea necesario identificarlo. Esto es cierto, por ello los buceadores de nulidades procesales nadan con placer en el proceloso mar de los expedientes. Siempre es posible encontrar algún paso que no haya sido puntualmente cumplido de acuerdo con toda la normativa existente. Con suerte, se puede hacer caer todo el juicio, como es común en materia penal, donde se anulan procesos por incumplimientos procesales que tuvieron lugar mucho antes de que se identifiquen" (2001, Fondo de Cultura Económica S.A.; p. 116).

Menciona la defensa, que las actas de las declaraciones a tenor del artículo 308 de fs. 267/270 (Comelli, Enzo Tomás), 275/278 (Milanesi, Alejo) y fs. 283/286 (Pertossi, Lucas Fidel), carecen de una de las firmas anunciadas en el encabezamiento, lo que evidencia aún más la celeridad impresa al trámite que reputa como falso.

Es decir, que por dicha carencia de firma, no solicita la nulidad sino que reitera la falsedad del trámite.

Vistas las actas respectivas, es cierto que lucen sólo tres firmas y no cuatro. Pero lo cierto es que el artículo 315 sanciona con nulidad la falta de lectura en voz alta de la misma. Si bien debe

dejarse constancia del motivo de la falta de firma de uno de los intervinientes (porque no pudiere o no quisiere), si la misma no es suscripta por todos los presentes, no afecta su validez ya que fue leída en voz alta.

Reitero que no solicita la nulidad pero debo decir que las mismas fueron firmadas por la fiscal, la defensora oficial y los imputados, quienes se negaron a prestar declaración haciendo uso de su derecho constitucional. No se vislumbra perjuicio alguno.

En relación al tema de las nulidades la jurisprudencia ha sido unánime. Tan es así que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un reciente fallo (Riquelme, Jean Manuel Marie y otros s/ infracción ley 23.737 –art. 5º, inc. C–), dictado el día 10 de marzo del corriente año, vuelve a reiterar que “la declaración de nulidad no procede en el solo interés del formal cumplimiento de la ley, toda vez que ‘resulta inaceptable en el ámbito del derecho procesal la declaración de una nulidad por la nulidad misma’”.

En el caso de autos, no obstante el empeño de la defensa, las nulidades planteadas en relación a las declaraciones a tenor del artículo 308 del CPP, deben ser rechazadas.

A todo ello, reitero, un dato no menor: la denuncia efectuada por la defensa contra la fiscal, la defensora oficial, la auxiliar letrada y secretario por, entre otros, el delito de falsedad ideológica, fue desestimada y esta desestimación, fue confirmada por el Fiscal General

### **Cambio de calificación legal y peligros procesales**

En relación al cambio de calificación, entiendo que el defensor no ha dado debido cumplimiento con la manda del artículo 442, primer párrafo, del código procesal penal, pues no ha indicado –bajo sanción de inadmisibilidad–, específicamente los agravios y sus fundamentos.

Tan es así que sostiene “que extraer el dolo de causar la muerte sólo de una situación particular parece en principio discutible”, para luego referirse a dos supuestos grupos de testigos: los que declararon

en forma inmediata y quiénes lo hicieron luego de escuchar y ver las noticias. Inclusive, los primeros, días después al concurrir a las ruedas de reconocimiento, modificaron sus dichos de manera sospechosa e inquietante. Expresa que amigos de la víctima, que al principio hablaban de una pelea en su primera declaración, luego –en la etapa de reconocimientos– incorporaron la idea que habían sido golpeados a fin de impedir que ayudaran a la víctima.

Sostiene que después del hecho, algunos de los imputados de fueron a la casa que alquilaban; otros a desayunar.

Que todos tuvieron la posibilidad de huir en sus vehículos, deshacerse de las prendas de vestir manchadas de sangre, desprenderse de los teléfonos. Todo ello hubiera sido una cuestión práctica –según su entender– de quiénes se organizan para matar.

Que los oficiales de infantería cuentan que hablaron con cuatro personas y que estaban tranquilos; que la palabra caducó tiene correlato cuando la víctima no había fallecido y que son aprehendidos horas después, no intentando nadie darse a la fuga.

Si se organizaron para matar y mataron sobre seguro, no es posible, según su opinión, que puedan comportarse de una manera extremadamente pueril, casi ridícula en el final de la escena.

Acto seguido ingresa en los denominados peligros procesales y critica que el magistrado sostenga que la mención de Pablo Ventura haya provenido de alguno de los imputados, pues la fuente policial no lo dice.

Menciona que la policía suele equivocarse y, en última instancia, si quedaran dudas sobre quién mencionó a Ventura, “habría que preguntarse qué hacía el oficial interrogando ante la prohibición legal”.

Por último, alude a las nuevas declaraciones a tenor del artículo 308 del CPP dispuestas por la fiscal. En este sentido, entiende que se trata de un intento de sanear las ilegalidades cometidas anteriormente (ilegalidades que ya he descartado anteriormente al referirme a las nulidades).

De ésta síntesis se vislumbra claramente que el agravio en cuanto a la calificación no ha sido debidamente fundado. Ni siquiera ha mencionado la defensa, según su criterio, cuál sería la calificación legal que correspondería al evento investigado.

Esta falencia la cubre evidentemente en su presentación escrita (fs. 2240vta. /2250vta.). Pero ello no puede tener acogida favorable.

El recurso que abrió la competencia de esta Alzada en cuanto al agravio sobre la calificación legal, no cumplió mínimamente con los recaudos exigidos por el Código de Procedimiento Penal.

Si a ello se me respondiese que el magistrado de origen lo concedió –al recurso–, no menos cierto es que esta Cámara, al igual que el Tribunal de Casación (art. 456, CPP) e, inclusive, la propia Suprema Corte de Justicia (art. 486, CPP), tienen competencia para analizar si el mismo es admisible o no.

En este punto, reitero, no lo es por no haberse dado cumplimiento en forma acabada con lo normado en el artículo 442, primer párrafo, CPP.

Ingreso al tema de los peligros procesales, tomando en cuenta el recurso originario y el escrito de respuesta a la vista conferida. Cabe expresar que la calificación legal llega a esta instancia firme. En consecuencia, la pena en expectativa, es uno de los elementos que deben ser considerados (art. 148, CPP).

La descripción que efectúa el defensor del accionar de los imputados con posterioridad al hecho, es una mera hipótesis.

Pues tratándose de un mero argumento, puedo responderle al defensor de la misma manera, es decir, planteando otra hipótesis. Partiendo de un hecho indiscutible, esto es, que el hecho se produjo entre las 04:41 y 05:00 y fueron aprehendidos a las 10:30: ¿podían saber los imputados que diversas cámaras habían captado el hecho y en consecuencia pudieron ser identificados? ¿O podía ser que pensaron que nadie los iba a identificar y en consecuencia siguieron con la rutina diaria?

Partamos del supuesto mínimo y más beneficioso para ellos: tan sólo habían golpeado a la víctima. También golpearon a otras personas. Tampoco se fueron, aun sabiendo de su accionar delictivo.

En consecuencia, nada me impide sostener, como argumento, que pensaban que iban a quedar impunes, que nadie los reconocería, etc. Recordemos que algunos de ellos, instantes después, son interceptados por personal de infantería (ver, por ejemplo, declaración de fs. 119/120 y de fs. 140/142) y al haber expresado que no habían participado en pelea alguna, siguieron tranquilamente su camino. No había nada que temer.

Tal vez, hubiese sido más sospechoso el fugarse y volver a su lugar de origen que quedarse como si nada hubiese ocurrido. ¿Quién sospecharía de ellos? Si incluso, se ve que uno vuelve a la escena del hecho y no es reconocido: podían quedarse tranquilos.

¿O no hubiese llamado la atención a quién le alquiló el lugar que determinadas personas dejaron la vivienda que habían alquilado mucho antes? Una cosa hubiese llevado a la otra en la parte investigativa. Me refiero: se toma conocimiento de un homicidio en el que intervinieron varias personas y ese mismo día varias personas abandonan el lugar que habían alquilado antes del día del vencimiento. El o la propietaria del lugar, lógico es suponer, hubiese asociado en forma inmediata ambos sucesos.

Recordemos que el contrato de alquiler (ver fs. 599 y siguientes) lo era desde el 16 hasta el 23 de enero.

Ya he mencionado diversas hipótesis que justificarían las conductas a contrario de la postura de la defensa.

Según el defensor "las declaraciones de los oficiales de policía de infantería (Ej. Fs. 141/142) cuentan que hablaron con un grupo de cuatro personas que mostraban normal actitud. Sin signos de violencia, nerviosismo ni marcas en el cuerpo". Reiterando lo que vengo diciendo, y en el mejor escenario para los imputados, no se puede poner en duda que instantes previos, habían *prima facie* participado (en el término amplio de la palabra desde la óptica de los arts. 45 y siguientes del

Código Penal) de una golpiza brutal y salvaje (tan así que la víctima fallece por esa causa).

El sentido común me indica –sin desconocer que no todas las personas reaccionan del mismo modo ante idéntica situación–, demostrado por la experiencia diaria en nuestra tarea, que si una persona comete un delito –incluso leve– y a escasos minutos –por no decir casi en forma inmediata– es abordada por la policía para su identificación, denota algún signo de preocupación, de nerviosismo, de actitud “sospechosa” o de la manera en que quiera denominárselo. Esos signos se visualizan, en la inmensa mayoría de los casos, en la manera de hablar, de caminar, su postura, su mirada, etc. No sería ilógico que hubiesen pensado que quizás los iban a detener (reitero una vez más: venían *prima facie* de cometer un delito). Sin embargo, nada de ello ocurrió.

A mi entender, esa falta de nerviosismo, de normal actitud, nos demuestra todo lo contrario: personas frías y calculadoras.

Por último, y en referencia a esta actitud, hay otro elemento que quiero señalar. Y es el chat grupal de los imputados.

Al menos, en mi opinión, cuando por mensaje de voz se menciona “caduco” (ver prisión preventiva, fs. 41/43, pto. L), significa murió.

Aquí la defensa expresa que la tilde en la palabra (caducó) es un agregado que efectúa el magistrado.

Pero creo que ingresar a temas propios de la lengua española no cambia el sentido de lo que quiero expresar. No tengo dudas que cuando escribí “caduco” debe entenderse por “caducó”. Pues hay que ponerse en el lugar, tiempo y lo acontecido cuando se produce el mensaje.

Dudo que realmente haya querido expresar algunas de las cinco acepciones que la Real Academia Española le asigna a dicha palabra (decrépito, percedero, anticuado y ni mencionar las últimas dos que se refieren a términos botánicos o de biología). No debe perderse de vista el lenguaje “informal”, el lenguaje de los jóvenes y como utilizan diversos términos que poco o nada tienen que ver con los que le otorga la Real Academia Española.

En el momento en que lo escribe, desde la íntima convicción en que debe valorarse la prueba, tomando en consideración, entre otras cosas, la experiencia y la psicología común, no puedo sino estar convencido de lo que antes dije: caduco es caducó y caducó es murió.

A pesar que la defensa expresa que a esa hora la víctima no había fallecido, cabe diferenciar el horario en que la médica establece en el hospital el horario de muerte (06:00hs) luego de efectuar todas las acciones necesarias y a su alcance para revivirlo y, otra muy distinta, verificar cómo la víctima arribó al hospital (en este sentido ver constancia de fs. 16).

También lo es la escena que percibe el imputado: la víctima no estaba sentada; no estaba hablando; no le estaban dando algo para beber; etc.).

Luego del "caducó" (el acento me pertenece), no hay ningún mensaje en el chat que demuestre sorpresa, asombro, estupor, miedo, desconcierto. Y vuelvo, una vez más, al sentido común: si formé parte del grupo que atacó a la víctima y mi intención sólo hubiese sido el de golpearla (lesionarla), ¿no hubiese respondido, por ejemplo "¿Qué?", "¿Cómo?", "¿Me estás cargando?" o frases similares? Nada de ello ocurrió.

En relación a la mención que realizan funcionarios policiales en cuanto a que no sería ajeno al hecho Pablo Ventura (a la fecha sobreseído definitivamente), que el magistrado pone en cabeza de los imputados y que la defensa sostiene que no hay prueba alguna al respecto y, que de ser así, los funcionarios policiales se encuentran bajo prohibición legal de interrogar, entiendo que no es así.

Cabe aclarar que el artículo 294 inciso 8 fue modificado por la ley 14.632. Es decir, el párrafo que expresaba que "en el lugar del hecho, o en sus inmediaciones, o en donde fuere aprehendido, podrán requerir del presunto imputado indicaciones o informaciones útiles a los fines de la inmediata prosecución de la investigación. Esta información no deberá ser documentada y no podrá ser utilizada como prueba en el debate", fue eliminado.

Por otra parte, las denominadas manifestaciones espontáneas (para algunos denomina "teoría del dato") que no sean producto de coacción o engaño, son indicios que no pueden desecharse de la investigación, pues, caso contrario, llevaría a concluir que la restricción procesal impide a los funcionarios investigar las pistas que pudiesen surgir de esa comunicación. Esto ha sido sostenido por la CSJN en causas "Cabral", "Jofre", "Schettini" y "Minaglia".

Es cierto, tal como señala la defensa, que en las investigaciones puede haber equivocaciones, que la policía puede indicar a determinadas personas y luego no ser, etc. Ello no está en duda.

También lo es que no surge de la investigación quién o quiénes señalaron a Ventura como supuesto autor. Ahora bien: ¿es ilógico inferir, en esta etapa procesal, tal como lo he vertido anteriormente, que habría sido uno o más de los imputados? Digo ello pues:

1. Todos los imputados y Ventura viven en la misma localidad.

2. Es el mismo Ventura el que expresa en su declaración a tenor del artículo 308 que los conoce de la ciudad, señalando como suposición que podría existir bronca porque el practica remo y ellos rugby.

3. ¿Quién o quiénes podían conocer la marca, modelo y color del auto de Ventura (en realidad de su padre, tal como lo aclara el nombrado en su declaración)?

Me pregunto: ¿Puede haber tanta casualidad que a los funcionarios policiales se les ocurriera mencionar, entre los millones de nombres y apellidos que habitan este país, entre un posible sospecho, justo a Pablo Ventura?

¿Entre la inmensa cantidad de marcas, modelos y colores de autos, justo el que posee el padre de Ventura?

¿Podían los funcionarios policiales saber quién era Pablo Ventura y el vehículo en cuestión?

Creo que la respuesta surge por si sola.

Además, debo agregar –para esta inferencia- (tal como lo he dicho, el personal policial no se apartó de la ley) que el dato o información que Pablo Ventura no sería ajeno al hecho se recoge –otra

casualidad-en el acta de procedimiento de aprehensión de los imputados (fs.36/39vta., a las 10:30 del día del hecho).

Siguiendo con los peligros procesales, queda claro que los mismos se encuentran presentes para justificar el dictado de la prisión preventiva.

Como es sabido, el artículo 148 del código procesal establece, en su primer párrafo, circunstancias para merituar tanto el peligro de fuga como el de entorpecimiento probatorio.

La primera es la objetiva y provisional valoración de las características del hecho. Amén de cómo ha sido calificado hasta la fecha el hecho investigado, no puede dejar de señalarse la cantidad de intervinientes contra una sola persona, la brutalidad de la golpiza ejercida contra la víctima, el motivo fútil que llevó al accionar de los imputados a darle muerte, el desprecio total por la vida ajena. Fue, simplemente, una cacería humana con un solo objetivo: la víctima.

Es cierto, como sostiene la defensa, que la violencia desplegada y el desprecio por la vida son elementos propios del derecho sustantivo. Pero no hay prohibición legal, sino todo lo contrario, de valorar en cada hecho en particular, cómo han sido sus características objetivas (art. 148, CPP).

Aquí me permito transcribir lo que surge, en su parte pertinente, del examen traumatológico (fs. 637 vta.), donde se señala que la víctima presenta lesión contuso escoriativa en maxilar inferior rama derecha ascendente de 7 cm aproximadamente; equimosis compatible con impronta de suela de calzado en región de maxilar inferior izquierda; equimosis en cara anterolateral izquierda del cuello compatible con impronta de suela de calzado.

Las consideraciones médico legal, cuando expresa que ha fallecido en forma traumática producto de un paro cardíaco traumático por shock neurogénico producido por múltiples traumatismos de cráneo que generaron hemorragia masiva intracraneana, traumatismo cerrado de abdomen con laceración hepática y hematomas en intestino grueso producto de múltiples traumatismos cerrados. El dictamen concluye que

el mecanismo de muerte lo fue por shock neurogénico por traumatismo grave de cráneo (fs. 640 y vta.).

Viene a mi mente una frase que le es atribuida a Joseph Conrad: "la creencia en algún tipo de maldad sobrenatural no es necesaria. Los hombres por sí solos ya son capaces de cualquier maldad".

No menor es la pena en expectativa, la más grave sanción que establece el Código Penal: reclusión o prisión perpetua (soy de la opinión de los que entienden que el Código Penal sigue estableciendo diferencias entre ambas penas).

Tampoco lo es –y así lo he dicho anteriormente–, que uno o varios de los imputados habría mencionado a Pablo Ventura, en un claro intento de desviar la investigación o bien de enrostrar el hecho a una persona inocente.

La defensa se pregunta cuál es la diferencia entre unos (haciendo referencia a Guarino y Milanesi, a la fecha en libertad) y otros, y su respuesta es: ninguna. Se equivoca: Guarino y Milanesi no fueron liberados por inexistencia de peligros procesales, sino por falta de prueba (libertad por falta de mérito).

Las restantes apreciaciones que realiza la defensa, nada tienen que ver con la existencia o inexistencia de los peligros procesales. Son cuestiones que atañen más al pedido de prisión domiciliaria, del cual no puedo expedirme desde que no hay pronunciamiento del juez de primera instancia.

Dos cuestiones finales. En referencia a lo que sostiene la defensa en cuanto a que las fechas de pericia sean superpuestas unas con otras y la irregularidad –según su entender– sobre el pedido y autorización para inspeccionar los teléfonos celulares, no tienen entidad suficiente para brindar respuestas que están contenidas en la propia ley. No son cuestiones esenciales que puedan modificar lo que se viene sosteniendo hasta el momento (sin perjuicio que ambos planteos, incluso, no tendrían acogida favorable).

Dejé para lo último la solicitud de la nulidad absoluta de la descripción del hecho materia de acusación (fs. 2226/2233). Este

planteo no fue efectuado en la oportunidad de recurrir la resolución que hoy se analiza y entendiendo que no se encuentra abarcado –si la defensa tuviese razón– dentro de las denominadas absolutas, cabe aquí la misma respuesta que he dado en cuanto al agravio del cambio de calificación (art. 434 en relación al 203 ‘a contrario’, CPP).

Entiendo haber dado respuesta a todas aquellas cuestiones trascendentales o esenciales que ha planteado el señor defensor particular.

Por todo lo dicho, voto a esta primera cuestión, por la afirmativa, por ser mi sincera e íntima convicción.

**A la misma primera cuestión, el señor Juez Dr. Sotelo dijo:**

Adhiero al voto que antecede por los siguientes fundamentos.

**Respecto de la nulidad de la declaración de los testigos Corbo y Bidone:**

La defensa ataca, en la primera parte de su libelo, la validez de los testimonios de Corbo y Bidone, sobre la base de argumentos prolijamente detallados en el voto del Dr. Defelitto.

Para plantearse la nulidad de un acto procesal, es preciso en primer término tener en claro cuál es el vicio que se atribuye, cual es el fundamento jurídico de la pretensión, y por ultimo de qué forma, el orden procesal habilita a fulminar el acto que se dice viciado.

En cuanto a formas concierne, no encuentro que haya existido ninguna trasgresión a las normas de procedimiento. El código y la teoría procesal son sumamente estrictos y detallados cuando de nulidades se trata, y básicamente el sustento de una nulidad cimentada en un vicio de formas es que a través de ese defecto o carencia, precisamente, se esté lesionando un derecho o garantía, especialmente del imputado, y que, en caso de ser insanable, sería imprescindible su exclusión como acto procesal.

De las quejas esgrimidas y del análisis de la causa, no encuentro vicio procedimental alguno y mucho menos nada que habilite a pensar en la lesión o privación de una garantía.

En rigor su embate primero proviene de lo que considera una aparición intempestiva del testigo Corbo, quien había sostenido no poder reconocer al autor, y luego presentarse a una rueda de reconocimiento (que participa de las cargas y controles de cualquier declaración testimonial)

Evitaré incurrir en reiteraciones que ya exhaustivamente ha desplegado el Dr. Defelitto.

Pero entiendo que la presentación en tratamiento exige una aclaración, especialmente para los imputados, sobre la función de los testigos en el procedimiento penal.

Y es que la protesta del Dr. Tomei apunta ostensiblemente a que se habría cercenado a su parte la posibilidad de controlar y repreguntar a los testigos.

Esta garantía encuentra expresión en el art. 8.2.f de la C.A.D.H., que establece:

*2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos de todas personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*

Como se puede notar, desde el texto mismo del Pacto, en que habla de los testigos presentes ante el Tribunal, ese derecho de interrogar debe ser cumplido inevitablemente antes de la sentencia de condena.

Por lo demás, este principio está expresamente establecido en la Regla n° 29 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento Penal (o Reglas de Mallorca) que establece: *1. Todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el tribunal sentenciador.*

*2. Si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, deberá ser ésta interrogada en el juicio oral. Este interrogatorio no puede ser reemplazado por la lectura de un documento o declaración anteriormente escrita. Las leyes nacionales establecerán*

*las excepciones a este principio por razón de imposibilidad o grave dificultad de la reproducción de esta prueba. En estos casos, se podrán utilizar en el juicio oral las declaraciones practicadas con anterioridad, siempre que hubiesen tenido lugar con intervención del defensor y se garantice a otras partes la oportunidad de oponerse a la prueba aportada (principio de contradicción).*

*3. El acusado y su defensor tienen derecho a interrogar a los testigos.*

Esto exige analizar las razones que sustentan la etapa investigativa y sus diferencias con la etapa de juicio. Existe en la primera una necesaria urgencia de la recopilación de la mayor cantidad de elementos probatorios posible, para dar consistencia a la pesquisa en sus albores.

Vale apuntar, y lo he sostenido y lo sostendré de manera constante, que el ámbito donde realmente se habrán de examinar con toda amplitud, en cuanto a su validez (salvo prohibición procesal expresa), a su idoneidad y a su valor probatorio, tanto para la parte acusadora como para la defensa, lo es en el plenario del juicio.

No solo por la irrenunciable e indisoluble igualdad de armas que se verifica en el debate oral, sino porque además la inmediación, expresada en la presencia de todos los involucrados, los cuestionamientos cruzados y las dudas que puedan servir a las partes, podrán ser resueltas no solo por el interrogatorio, sino además porque para esa instancia de cierre, se habrán recopilado una importante cantidad de otros elementos que ampliarán necesariamente el espectro probatorio sobre lo sucedido.

Es por eso que el legislador ha hecho una marcada diferencia entre la etapa de investigación, cuyo fin inmediato es determinar la consistencia de la posible imputación. Como lo dijera Claría Olmedo (Derecho Procesal Penal, Marcos Lerner, Córdoba, 1986, p.149), es en esta etapa donde se delinean los roles que los distintos actores procesales del proceso *"Es lo que se conoce como "poderes de realización efectiva del Derecho Penal", y que no es otra cosa que el*

*ejercicio de la acción (impulsa el proceso, investiga y persigue hasta derivar en el juicio), de la decisión (realizar el derecho vigente) y excepción (la posibilidad de contradecir a la acción). El Fiscal, el Juez y el Defensor, son quienes detentarán estos roles, con la presencia vinculante y promiscua del imputado"* (La investigación penal preparatoria y la etapa de control en el sistema acusatorio - Enzo Finocchiaro - 2015-09-28 En Revista Pensamiento Penal [www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42114](http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42114)), y bueno es recordar, ante los encendidos planteos de garantías afectadas que esgrime el Sr. Defensor, que aunque calificada doctrina haya caracterizado a la etapa de la Investigación Penal Preparatoria como un resabio inquisitivo, y se haya propiciado su reducción a su mínima expresión, cuando no su supresión y su reemplazo por formas más simplificadas, entiendo que así lo ha decidido el legislador quien al hacerlo reglamentó, en representación del pueblo, las garantías que la Constitución Nacional, los Pactos de análoga jerarquía y la Constitución Provincial, reconocen.

En el procedimiento penal de la Provincia, la función investigativa recae sobre el Fiscal, de modo excluyente: Así lo reglamenta el Artículo 6. Acción Pública - *La acción penal pública corresponde al Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de la participación que se les concede a la víctima y al particular damnificado...* "

Pero esa investigación solo tiene sentido si está enfocada a la realización o no del juicio. Y es por eso que es en el pleno del debate donde se consolidan las garantías del acusado (de las que por cierto, gozó desde siempre) frente a la pretensión punitiva, adquiriendo un carácter secundario y contingente los elementos probatorios anteriores a éste.

Y habida cuenta de que el Pacto de San José de Costa Rica ha establecido en su art. 8.1 que *"toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente por un juez o tribunal competente"* el

legislador, al reglamentar la Investigación Penal Preparatoria, la ha dotado de angustiosos y preclusivos plazos, a fin de evitar la incertidumbre que pesa sobre el acusado. Es por tal motivo que el Art. 282 conmina su finalización: " *La Investigación Penal Preparatoria deberá practicarse en el plazo de cuatro (4) meses a contar de la detención o declaración del imputado prevista en el artículo 308 de este Código.*

*Si aquel plazo resultare insuficiente, el Fiscal dispondrá motivada y fundadamente su prórroga, con conocimiento del Juez de Garantías, hasta por dos (2) meses más, según las causas de la demora y la naturaleza de la investigación y, en casos excepcionales debidamente justificados por su gravedad o difícil investigación, la prórroga dispuesta podrá ser de hasta seis (6) meses."*

Yendo específicamente a la cuestión de los testigos, vemos que en el título de la prueba, en el capítulo respectivo, establece en el art. 232, el deber de interrogar del Agente Fiscal, " *a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad. Toda persona tendrá la obligación de concurrir al llamamiento del Fiscal y declarará la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado*".

Por el contrario, mucho mayores son los detalles y exigencias de las que el legislador ha rodeado las declaraciones de testigos y peritos para el momento del juicio, que en su art. 342 inc. 4° CPP dispone: *4. Los testigos, peritos o intérpretes prestarán juramento de decir verdad ante el Tribunal, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas. Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes quienes podrán efectuar preguntas sugestivas. En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito. Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o*

decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte. El Tribunal procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios. Cuando sea necesario para demostrar o superar contradicciones o fuere indispensable para ayudar la memoria del testigo o perito, podrá ser confrontado con las declaraciones previas prestadas. Se considerará declaración previa cualquier manifestación dada con anterioridad al juicio, pero nunca podrán ser presentadas en el juicio como prueba material. No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio después del contra examen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo. Durante el desarrollo del debate, cualquiera de las partes podrá ofrecer, estipular o acordar un hecho o circunstancia en los términos del artículo 338 inciso 6. De aceptarlo la contraparte, no se producirá prueba sobre los mismos. Los jueces y los jurados no podrán por ningún concepto formular preguntas a quienes comparezcan a declarar al juicio. El incumplimiento de esta prohibición constituirá falta grave.

Esta norma se complementa con el art. 360 C.P.P.- *Formas de interrogatorio y recepción de la prueba.- Los testigos, peritos o intérpretes prestarán juramento de decir verdad ante el Tribunal, bajo sanción de nulidad.*

*Serán interrogados primeramente por la parte que los propuso.*

*Seguidamente quedarán sujetos a las repreguntas de las otras partes intervinientes. Si del curso de la repregunta surgiere la necesidad de volver a preguntar por la parte que hubiere ofrecido el testimonio, la misma lo podrá hacer con la autorización del Presidente del Tribunal, al igual que las otras partes a posteriori, guardándose siempre el orden respectivo.- Asimismo las partes en cada caso indicarán si han terminado con el testigo o si el mismo debe permanecer a disposición del Tribunal.*

*El Presidente resolverá lo que corresponda.*

*En el supuesto de que el testigo deba permanecer a disposición del Tribunal, podrá autorizarse al mismo a ausentarse de la sede donde*

*se celebra el debate siempre y cuando se arbitren los medios para hacerlo comparecer cuando sea necesario. Los elementos de convicción que hayan sido secuestrados se presentarán, según el caso, a las partes y a los testigos a quienes se invitará a reconocerlos y a declarar lo que fuere pertinente.*

*Y para aventar dudas sobre la fuerza probatoria de los distintos medios de prueba respecto de una etapa y otra, el art. 366 preceptúa: "Lectura. Las actuaciones de la investigación penal preparatoria no podrán ser utilizadas para fundar la condena del imputado.*

*Como excepción se podrán incorporar por su lectura, exhibición o reproducción de audio o audiovisual:*

*La declaración del imputado prestada en la investigación penal preparatoria, conforme las reglas que la tutelan.*

*La declaración de quien, al momento de llevarse a cabo la audiencia, hubiese fallecido, se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar o se encontrare ausente sin poderse determinar su paradero a condición de que tal circunstancia sea comprobada fehacientemente.*

*Las declaraciones de los imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto del debate.*

*La denuncia, la prueba documental o de informes, las filmaciones o grabaciones y las actas de inspección, registro domiciliario, requisita personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate al solo efecto de verificar sus contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada.*

*Las declaraciones o dictámenes producidos por medio de comisión, exhorto o informe, siempre que se hayan respetado las reglas del artículo 241 y se estimare innecesaria su reproducción en la audiencia. Las actas de anticipos extraordinarios de prueba, y las declaraciones testimoniales de niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la comparecencia personal del declarante, cuando sea posible.*

*Cualquier otro acto o acta del proceso cuando la totalidad de las partes presten conformidad en la audiencia preliminar o lo consientan en la del debate, subordinado a la aquiescencia del Juez o Tribunal."*

Estas normas resultan congruentes de modo diáfano con el derecho de controlar la prueba e interrogar a los testigos de cargo que consagran el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene su contrapartida en el derecho a "*hacer comparecer a los testigos de descargo*" (art. 14 inc. 3° "e" PIDCyP)

La comparación de las normas que rigen ambas etapas, y que he transcripto generosamente para más completa información de los procesados, permite ver sin ambages la diferencia existente entre ambos momentos procesales.

Quede pues bien en claro la tajante diferencia que existe entre la etapa instructora y el plenario del debate.

Dichas normas son la base que nos impone revisar lo resuelto y es sobre este plexo que deben sopesarse los argumentos de la defensa.

Debo decir, en consonancia con el voto del colega que me precede, que no encuentro vicio alguno de naturaleza procesal ni constitucional que habilite a invalidar o descartar los testimonios rendidos hasta ahora. Y vemos que ni en uno ni en otro caso el recurrente ha logrado sustentar adecuadamente su ataque.

En el caso de Corbo, porque no se advierte que vicio procesal podría afectar su intervención en un procedimiento. Más aún, es una carga procesal para él el comparecer y prestar su testimonio, en este caso, en el reconocimiento.

Como habrá de ser ponderado ese testimonio, como se confrontarán la primera declaración y el ulterior reconocimiento positivo, es materia diversa de la vía pretendida por la defensa, de suprimir los testimonios por vía de la nulidad.

Pero es del caso de recordar que, tal como lo establece el art. 210 de la ley ritual establece que "*Para la valoración de la prueba*

*sólo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción. Esta regla rige para cualquier etapa o grado de los procedimientos, salvo el caso del juicio por jurados en el que rige la íntima convicción".* Pero ello impone al juez la carga de establecer la fuerza probatoria de cada uno de los medios de prueba en relación con los demás, para arribar a la conclusión consistente de la versión defendida por cada una de las partes.

Esto me permite aseverar dos cosas: 1) Que dadas las actuaciones cumplidas hasta el momento, en esta investigación que lleva casi tres meses de trámite, en modo alguno puede sostenerse que el derecho del art. 8.2.f C.A.D.H. haya sido lesionado. 2) Nada obsta a que, ya sea durante la investigación, o, inevitablemente durante el debate, destino natural de toda causa penal, se dé la ocasión de que los testigos comparezcan (deberán hacerlo) y sean, como lo dice la sentencia "Benítez", desafiados y cuestionados por la defensa.-

En esta causa, dijo el Máximo Tribunal: *"corresponde aclarar 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 C sin destacar en el original C; asimismo, caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, serie A, N ° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988). En este sentido, de acuerdo con los criterios interpretativos establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, " testigo de cargo " es toda declaración de una persona en que se funda una acusación o una decisión judicial condenatoria, o como lo expresara la Comisión Europea de Derechos Humanos, "todo tipo de pruebas verbales" (CEDH, en el caso Bönisch vs. Austria, serie A, N ° 92, sentencia del 6 de mayo de 1985). ... Que cabe indicar que los criterios interpretativos precedentemente mencionados han sido adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Castillo Petruzzi c. Perú" (CIDH, sentencia del 30*

de mayo de 1999). Aun cuando no es posible dejar de señalar que las violaciones a garantías básicas que estaban en discusión en dicho caso eran de una gravedad difícilmente comparable con el sub lite, con relación a lo que aquí interesa, la Corte Interamericana consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido conainterrogar a los testigos ni durante la instrucción ni con posterioridad e indicó: "Tal como lo ha señalado la Corte Europea, dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar a los testigos en su contra y a favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa "(cf. párr. 154, con remisión a los casos Barberá y Bönisch ya mencionados). BENITEZ, ANIBAL LEONEL S/ LESIONES GRAVES (CSJN – 12-12-2006 – MJ-JU-M-9668-AR | MJJ9668)

Y en el análisis del mismo fallo Carrió afirmó: "Si durante la instrucción la recepción de un testimonio tiene lugar con intervención de las partes y con posibilidad de la defensa de repreguntar, entonces ese control será considerado suficiente en caso de que luego, en la etapa de debate, resulte imposible la nueva comparecencia de ese mismo testigo" (2014, 137). (Carrió, Alejandro. 2014. Garantías constitucionales en el proceso penal. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.).

Finalmente, el art. 368 del Código Procesal que nos rige, en plena garantía de tal derecho, esto es, de contrastar toda la prueba, cuando regula el modo en que se llevará a cabo la discusión final y luego de terminada la recepción de las pruebas, cuando el Tribunal de Juicio deba resolver sin más elementos que los que se produjeron en el debate y tras los alegatos de las partes, establece, categóricamente: "En último término, el Presidente preguntará al imputado, bajo sanción de nulidad, si tiene algo que manifestar y cerrará el debate.

Luego convocará a las partes a audiencia para la lectura del veredicto y en su caso de la sentencia."

Es decir, la última palabra antes del veredicto, siempre la tendrá el imputado.

Es por ello que sostengo que no hay garantía conculcada, en la circunstancia de que Corbo se haya presentado al reconocimiento, cualquiera haya sido el aporte del mismo.

No veo obstáculo, en este caso, para que la defensa, disconforme con el testimonio de Corbo, pueda instar, aun en el momento procesal actual, una nueva declaración del testigo, si así lo considera conveniente a su parte. De nada vale conjeturar irregularidades o situaciones conspirativas indemostrables, cuando la ley procesal provee la simple herramienta de proponerlo como prueba (Art. 318 y 273 CPP).

**La nulidad del acta de declaración testimonial del testigo Tomas Bidonde**

Respecto de la nulidad del acta que plasma la declaración de Bidone, adhiero a lo dicho por el Dr. Defelitto. Solo he de reiterar que todos los fundamentos constitucionales y procesales a los que me referí al analizar la declaración de Corbo, son de aplicación en el caso de este testigo. Y cabe apuntar que aquí, no se está cuestionando la idoneidad del testigo, su veracidad y credibilidad, sino que se ataca el acta misma donde se plasmó la declaración, pero sin que los vicios que el recurrente indica hayan sido tales ni tengan la entidad para nulificarla que él reclama.

**LA NULIDAD DE LAS ACTAS DEL ART. 308 CPP**

El Dr. Defelitto ha hecho un minucioso análisis de los argumentos vertidos por el Sr. Defensor, quien ha atacado de nulidad las actas de la declaración en los términos del art. 308 C.P.P. Poco es lo que podría agregarse. Más debo formular algunas observaciones respecto de la pretensión de la defensa.

En primer lugar, observo que en tales declaraciones todos los imputados, asesorados por la defensa oficial, se negaron a declarar, y se cumplieron las formalidades que exige la norma. Ergo, en este sentido no se violó garantía alguna ni se introdujo prueba de cargo.

Pero en atención a lo afirmado por la defensa en cuanto a que no fueron informados en la intimación de la imputación, corresponde

analizar lo que Código Procesal dispone de la declaración del imputado. El artículo que realmente regula una garantía imprescindible porque resulta, otra vez, del Pacto de San José, es el art. 312 CPP. Y dice así: *“Formalidades previas - Terminado el interrogatorio de identificación se le informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra, y que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique presunción de culpabilidad. Todo bajo sanción de nulidad. Si el imputado se negara a declarar, se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla, se consignará el motivo”*.

A su vez, el art. 308 CPP prevé que antes de recibir declaración debe notificarse al defensor, bajo pena de nulidad.

Es decir que las normas que regulan algo tan delicado y trascendente como lo es la notificación y declaración del imputado, prevén de modo expreso, cuando tal acto será nulo. Y como se ve, se refieren a tres garantías decisivas: Que la defensa sepa del acto, que se le hagan saber los hechos que se atribuyen y que tiene el derecho a guardar silencio. Parece obvio que el legislador, al tratar tan delicado asunto, consideró taxativamente cuales eran los requisitos imprescindibles para que ninguna garantía fuera afectada, y solo en caso de que alguno de ellos no se constatará, habilitar la nulidad.

Ninguna de estas garantías ha sido consistentemente invocada como afectada, y de lo que resulta de las actas, vemos que no los fueron en modo alguno.

En cuanto a la generalidad de las actas, también la ley ritual consagra dos artículos específicos a las exigencias que estas habrán de satisfacer, el 118 y 119, y de modo expreso indica cómo deben realizarse, y en qué casos habrá nulidad de las mismas. En ninguno de ellos se habla de la hora como requisito sacramental.-

Es sabido que en materia de nulidades de actos ceremoniales, debe ser estricta la posibilidad de declararlos. Y por lo tanto, no estando

prevista una exigencia solemne, será a cargo del que impugna el acto, demostrar que el vicio ha lesionado un derecho.

No logro advertir, y debo afirmarlo una vez más, que se haya comprobado perjuicio alguno.

Ahora bien, del escrito en análisis, parece sostenerse que las cosas no sucedieron como fueron plasmadas. En mi opinión, no encuentro constancia alguna de semejante ilegalidad. Tampoco nos dice el recurrente de donde se sustenta tamaña deducción. Pretender concluir que las formas fueron violadas, que las actas falseadas, y que todo ello ocurrió en presencia de la defensa oficial así como de los diez imputados que suscribieron las actas respectivas, sin nada que acredite ni remotamente que tal cosa ha sucedido orilla la temeridad.

#### **LA PRISION PREVENTIVA CUESTIONADA – CAMBIO DE CALIFICACION**

También aquí adheriré al voto del Dr. Defelitto.

Lo que aquí se está decidiendo es, sustancialmente, la consistencia del auto de prisión preventiva, dictado por el Dr. Mancinelli a fs. 1761/1787 ante la solicitud formulada por la Sra. Agente Fiscal.

El Código Procesal Penal, en su art. 157, prevé las formalidades para el dictado de la misma, a saber: *La detención se convertirá en prisión preventiva cuando medien conjuntamente los siguientes requisitos: 1 - Que se encuentre justificada la existencia del delito. 2 - Que se haya recibido declaración al imputado, en los términos del artículo 308°, o se hubiera negado a prestarla. 3 - Que aparezcan elementos de convicción suficientes o indicios vehementes para sostener que el imputado sea probablemente autor o partícipe penalmente responsable del hecho. 4- Que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 171° para denegar la excarcelación.*

Esta medida, que tiene por fin excluyente el asegurar el resultado del proceso, es susceptible de ser revisada cuantas veces sea necesario, conforme el devenir de la investigación. Y respecto de la cual el legislador ha regulado con detalle las cláusulas que una

medida de tal gravedad, como lo es la que restringe la libertad ambulatoria del procesado, debe tener.

Más en modo alguno puede considerársela una sentencia condenatoria anticipada, o el fin de las garantías que nuestra Constitución Nacional, los Pactos de igual Jerarquía, así como la Constitución de la Provincia, consagran vigorosamente.

Es sobre estas bases que deben ser analizadas las resoluciones vehementemente atacadas por el Sr. Defensor.

Creo que su recurso no es suficiente para habilitar la vía de las nulidades, ni para descartar el poder de convicción de la prueba rendida en la investigación, que ha dado sustento a la medida cautelar dictada.-

En este aspecto debo apuntar un defecto en el que incurre la queja de la defensa. Y es el de analizar, uno por uno, los elementos de cargo en los que se sustenta la medida que dispone la cautela preventiva de los imputados.

Pero al así hacerlo, está soslayando lo dispuesto por el art. 210 C.P.P. antes citado, pues lo que corresponde hacer es apreciar los elementos de convicción sobre la verdad de los hechos juzgados, desarrollando las razones que lo sustentan. Pero además, el artículo que lo precede, reza así: Art. 209: *Todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquiera de los medios de prueba establecidos en este Código.*

*Además de los medios de prueba establecidos en este Código, se podrán utilizar otros siempre que no supriman garantías constitucionales de las personas o afecten el sistema institucional. Las formas de admisión y producción se adecuarán al medio de prueba que resulte más acorde a los previstos en este Código. ...*

Como se advierte, existe una amplia libertad probatoria en el Código, pero además es claro su apartamiento de la prueba tasada, y su decidida opción por las sinceras convicciones debidamente fundadas.

Pues bien, en este caso, poca duda cabe del adecuado y armónico análisis que ha hecho el Dr. Mancinelli, para sustentar su firme y,

considero, adecuada fundamentación de la prueba reunida, para justificar su decisión del dictado de la prisión preventiva.

No encuentro razón alguna, fundada en garantía constitucional, que permita apartarse de lo decidido.

### **LOS PELIGROS PROCESALES**

Resta por último el análisis de los peligros procesales, cuya inexistencia clama la defensa, y que son requisito indispensable para el dictado de la prisión preventiva (art. 157 inc. 4 ° C.P.P.) que establece "Que concurran los presupuestos establecidos en el artículo 171° para denegar la excarcelación".

El Artículo 171 establece "*En ningún caso se concederá la excarcelación cuando hubiere indicios vehementes de que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación. La eventual existencia de estos peligros procesales podrá inferirse de las circunstancias previstas en el artículo 148*".

Este último a su vez, indica: "*Artículo 148. Peligro de fuga y de entorpecimiento Para merituar acerca de los peligros de fuga y entorpecimiento podrá tenerse en cuenta la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, las condiciones personales del imputado,..., que hicieren presumir fundadamente que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.*

*Para merituar sobre el peligro de fuga se tendrán en cuenta especialmente las siguientes circunstancias:*

*1. Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto. En este sentido, la inexactitud en el domicilio brindado por el imputado podrá configurar un indicio de fuga;*

*2. La pena que se espera como resultado del procedimiento;*

*3. La importancia del daño resarcible y la actitud que el imputado adopte voluntariamente, frente a él y a su víctima eventual.*

4. *El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida en que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal.*

*Para merituar acerca del peligro de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, se tendrá en cuenta la grave sospecha de que el imputado:*

*1.- Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba, 2. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente, 3. Inducirá a otros a realizar tales comportamientos."*

Como se ve, la condición especialmente relevante respecto de las otras que ofrece el artículo, está dada por la pena en expectativa. Conforme la calificación sostenida en medida cautelar en crisis, que infructuosamente ha intentado que sea modificada el recurrente, porta la pena más grave de todo el repertorio de nuestra ley sustantiva (art. 80 C.P.)

Esta circunstancia no puede ser soslayada, especialmente en este proceso en pleno desarrollo, con pruebas pendientes de producción y en el que se encuentran suficientemente acreditados los peligros procesales.

Tales circunstancias, así como la conducta ulterior de los imputados, adecuadamente tenidas en cuenta por el Sr. Juez de Grado y sustentadas por el voto que me precede, me conducen a sostener que, en mi opinión, la prisión preventiva se encuentra sólidamente justificada, y no observo arbitrariedad ni desproporción alguna en la medida cautelar dispuesta.

En consecuencia, a esta primera cuestión, por los fundamentos expuestos y adhiriendo al voto del colega que abre el acuerdo, voto por la AFIRMATIVA, por ser mi íntima y sincera convicción.

**A la misma primera cuestión, la señora Juez. Dra. Yaltone dijo:**

Adhiero al voto del Dr. Defelitto y al aporte realizado por el Dr. Sotelo en cuanto al análisis de los Pactos y Tratados incorporados

a nuestra Constitución Nacional, que enriquecen la materia en análisis, por ser mi más sincera e íntima convicción.

**A la segunda cuestión, el señor Juez Dr. Defelitto dijo:**

Atento el acuerdo arribado en el tratamiento de la cuestión precedente corresponde: I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa. II. Se confirma el auto en crisis en cuanto dispuso la prisión preventiva de Luciano Pertossi; Lucas Fidel Pertossi; Enzo Tomás Comelli; Ciro Pertossi; Máximo Pablo Thomsen; Matías Franco Benicelli; Blas Cinalli y Ayrton Michael Viollaz por suponerlos probables coautores penalmente responsables a Thomsen Máximo y Pertossi Ciro, y probables partícipes necesarios a Pertossi Luciano; Pertossi Lucas Fisdel; Comelli Enzo Tomás; Benicelli Matías Franco; Cinalli Blas y Viollaz Ayrton Michael del delito de homicidio agravado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas, en los términos de los arts. 45 y 80 incisos 2º y 6º del Código Penal.

Así lo voto.

**A la misma segunda cuestión, el señor Juez Dr. Sotelo dijo**

Adhiero al voto precedente, por sus fundamentos.

**A la misma segunda cuestión, la señora Juez Dra. Yaltone dijo**

Adhiero al voto del Dr. Defelitto, por sus fundamentos.

Con lo que terminó el presente acuerdo.

DOLORES, 14 de abril de 2020.

Por los fundamentos expuestos en el acuerdo que precede, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por el señor defensor particular de los imputados. Se confirma la resolución recurrida en tanto dispuso convertir en prisión preventiva la detención de Luciano Pertossi; Lucas Fidel Pertossi; Enzo Tomás Comelli; Ciro Pertossi; Máximo Pablo Thomsen; Matías Franco Benicelli; Blas Cinalli y Ayrton Michael Viollaz por suponerlos probables coautores penalmente responsables a Thomsen Máximo y Pertossi Ciro, y probables partícipes necesarios a Pertossi Luciano; Pertossi Lucas Fisdel; Comelli Enzo Tomás; Benicelli Matías Franco; Cinalli Blas y Viollaz Ayrton Michael

del delito de homicidio agravado por alevosía y por el concurso premeditado de dos o más personas, en los términos de los arts. 45 y 80 incisos 2º y 6º del Código Penal.

Notifíquese. Regístrese. Oportunamente devuélvase la Investigación Penal preparatoria.

**REFERENCIAS:**

Funcionario Firmante: 14/04/2020 11:13:10 - SUSANA MIRIAM DARLING YALTONE (susana.yaltone@pjba.gov.ar) - JUEZ (Legajo: 22

Funcionario Firmante: 14/04/2020 11:30:10 - SOTELO Fernando (fernando.sotelo@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 14/04/2020 11:33:17 - DEFELITTO Luis Felipe (luis.defelitto@pjba.gov.ar) -

Funcionario Firmante: 14/04/2020 11:35:34 - SOMMARIVA Matias Nicolas (matias.sommariva@pjba.gov.ar) -

**CAMARA DE APELACION Y GARANTIAS EN LO PENAL - DOLORES**