

## Tentativa De Robo Condena Penal Recurso De Casacion Pistola De Plastico Testigo De Oidas Falta De Declaracion De La Victima

### JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Buenos Aires, a los 11 días

del mes de marzo de 2020, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Eugenio C. Sarraibayrouse y Horacio L. Días, asistidos por la secretaria actuante Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial en la presente causa n° CCC 3626/2017/TO1/CNC1, caratulada 'S., M. s/recurso de casación?', de la que RESULTA: I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 6 de esta ciudad resolvió, con fecha 20 de septiembre de 2017 y en lo que aquí interesa: ?I) CONDENAR a M. S. (...) por considerarlo autor penalmente responsable de la tentativa del delito de robo, a la pena de CUATRO MESES de prisión de efectivo cumplimiento y costas (arts. 29 inc. 3°, 42, 44, 45 y 164 del C.P. y arts. 530 y 531 del C.P.P.N.)? (cfr. fs. 292/293). Los fundamentos de este pronunciamiento fueron dados a conocer el día 27 del mismo mes y año (cfr. fs. 306/313 vta.). II. Contra dicha decisión, la defensa oficial del nombrado interpuso recurso de casación (cfr. fs. 315/320), el que fue concedido por el a quo (cfr. fs. 323/325), debidamente mantenido (cfr. fs. 328) y al que la Sala de Turno de esta Cámara le otorgó el trámite contemplado en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (cfr. fs. 330). III. Luego de resultar sorteada esta Sala II para intervenir, en el término de oficina (cfr. art. 466, CPPN) el impugnante reeditó las críticas expuestas por su colega de la anterior instancia en el recurso de casación (cfr. fs. 333/337). IV. Superada la oportunidad prevista por los artículos 465 y 468 CPPN (cfr. fs. 342), los autos quedaron en condiciones de ser resueltos. El juez Daniel Morin dijo: 1. Al juzgar el caso bajo estudio, el a quo tuvo por probado que: ?el día 18 de enero de 2017, en la intersección de la Avenida Rivadavia y Catamarca de esta ciudad, M. S. intentó apoderarse ilegítimamente, mediante coacción, de bienes pertenecientes a A. G. L.. Para eso, S. sorprendió a L. y, amenazándolo al menos con la existencia de un arma de fuego, sobre cuya exhibición eficaz en términos normativos para constituir el agravante existen dudas, pretendió sacarle el celular y dinero. Como la víctima se alejó hasta la pizzería Ugis para huir, S. lo siguió y aguardó fuera del local, hasta retirarse hacia la Avenida Rivadavia y Ecuador. Allí fue detenido por personal policial que había sido advertido por terceros sobre el suceso. En ese marco, L. se presentó y señaló a S. como el sujeto que había intentado desapoderarlo momentos antes. En esa misma diligencia, se logró el secuestro del arma de plástico, tipo pistola, color negro, con cargador extraíble, identificada mediante inscripción 'Sever Pzozz' -lado izquierdo- y 'BB 6m' -lado derecho-? (sic, cfr. fs. 308 vta.). 2. La defensa se quejó exclusivamente porque consideró arbitraria la valoración probatoria efectuada por el a quo al tener por acreditada la intervención de su asistido en el hecho. En esencia, sostuvo que la declaración del personal policial B., que se basó en el relato del presunto damnificado, no podía constituir una prueba suficiente para habilitar la condena de su defendido en ausencia de otros elementos probatorios. En esta línea, expuso que los dichos de ese funcionario público no permitían sostener: a) que se trató de un hecho que damnificó a A. G. L., ya que B. no aportó este dato al declarar, b) que ocurrió en la intersección de la Avenida Rivadavia y Catamarca, pues esto tampoco fue expresado por el agente policial; c) ni que S. siguió a la presunta víctima hasta la pizzería mencionada, lo aguardó y luego se retiró, en virtud de que esto se extrajo de la declaración del damnificado del sumario policial que no fue incorporado al debate. Sobre esta base, adujo que no podía reconstruirse el suceso con base en las expresiones del personal policial actuante que solo reprodujo el relato de un tercero y que sus dichos no pudieron ser corroborados con otras probanzas, máxime cuando el supuesto damnificado no declaró en el debate ni se incorporó por lectura su testimonio prestado en sede policial, se descartó la utilización de un arma de utilería durante el evento y al momento de la detención no se halló en poder de su defendido ningún elemento de propiedad de L.. Por último, cuestionó que indirectamente se introdujeran las expresiones de la supuesta víctima, dado que no pudieron ser controladas por las partes. 3. Para abordar los planteos introducidos por la parte, cabe tener presente que nuestro ordenamiento jurídico prevé que en la valoración de la prueba deben seguirse las pautas establecidas por el sistema de la sana crítica racional (art. 398, CPPN), sistema que no impone normas generales para acreditar los hechos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, como lo hace el sistema de prueba legal, sino que deja al juez en libertad para admitir toda la prueba que considere útil para el esclarecimiento de la verdad. Por ello, a excepción de las pruebas ilegales que no pueden ser introducidas y si lo fueron, no pueden ser valoradas, todo se puede probar y por cualquier medio(1). La ausencia de reglas condicionantes de la convicción no significa, sin embargo, carencia absoluta de reglas. El sistema de la sana crítica exige la fundamentación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los que se decide de una u otra manera. Exige también que la valoración crítica de los elementos de prueba se realice de conformidad con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos. La valoración, por último, debe ser completa, en el doble sentido de que debe fundar todas y cada una de

las conclusiones fácticas y de que no debe omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados. Es posible distinguir en el proceso de formación de la convicción judicial acerca de la existencia de los hechos dos momentos diferenciados. El primero está fuertemente incidido por la inmediación, es decir por la percepción directa de la prueba en el juicio oral, v.gr. la apreciación sobre la veracidad de los dichos del testigo. Este aspecto no era controlable, bajo la lógica de la casación tradicional, por una cuestión de carácter técnico: un juez que no ve ni oye a un testigo no puede apreciar la veracidad o adecuación de su declaración<sup>(2)</sup> (tesitura que fue relativizada a partir del precedente "Casal", aunque la inmediación continúe siendo el límite). El segundo momento está constituido por el soporte racional de la formación de la convicción. Las deducciones que realice el juez a partir de la prueba deben observar, como ya se dijo, las reglas de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos. Por ello la deducción no puede ser lógicamente contradictoria, v. gr., de testigos que no saben no se puede deducir conocimiento. Tampoco puede contradecir la experiencia general, lo que ocurriría, por ejemplo, si no se ha tenido en cuenta que una persona no puede atravesar un vidrio sin romperlo. Por último, la deducción tampoco puede contradecir los conocimientos científicos suficientemente asegurados sin tener razones científicas que lo acompañen en su decisión<sup>(3)</sup>. A diferencia de lo que ocurre con el control de los aspectos de valoración de la prueba que dependen en forma exclusiva de la percepción directa de aquélla, la infraestructura racional del juicio sí es controlable mediante el recurso de casación, pues el ejercicio de ese control no se encuentra limitado en este caso por la percepción de la prueba vertida en el debate y la violación de las reglas de la sana crítica, en caso de ocurrir, implica el desconocimiento de las formas procesales que imponen la motivación de la sentencia.

4. Teniendo en consideración los parámetros reseñados, se advierte que -contrariamente a lo postulado en el recurso en estudio- se presentan en el caso indicios unívocos y circunstanciados que autorizaron a los jueces del tribunal a tener por válidamente corroborada la materialidad del hecho y la autoría atribuida a S., tal como se consignó en la sentencia. En este sentido, lo primero que cabe destacar es que si bien la defensa alegó que el testimonio del damnificado resultaba determinante para poder reprocharle el hecho a su asistido, tal como se resolvió en el precedente "Cumba"<sup>(4)</sup>, en el marco del principio de libertad probatoria que rige nuestro ordenamiento procesal el testimonio de la víctima, aun cuando reviste una trascendencia incontrovertible y resulta siempre deseable, no obsta a la posibilidad de acreditar un eventual ilícito con otros elementos de convicción en los supuestos en los cuales por circunstancias diversas aquélla no pueda comparecer al juicio o bien su declaración ser incorporada al debate de acuerdo a lo normado por el art. 391, CPPN. La ley, en efecto, no establece reglas generales que indiquen la calidad y cantidad de pruebas necesarias para probar determinado tipo de ilícitos, ni aun establece un valor universal para los distintos elementos de convicción susceptibles de ser incorporados al proceso, sino que es a los sentenciantes en un ámbito de libre convicción a quienes compete tal juicio de mérito, como se ha señalado, dentro de los límites fijados por la razonabilidad y la sana crítica. Partiendo de esta base, se observa que en el caso el a quo se hizo cargo de que al tener por probado el suceso juzgado en autos se valió, primordialmente, de la declaración del policía B., pero fue justamente esta circunstancia la que lo llevó a efectuar "un escrutinio intenso sobre su consistencia y congruencia con el resto de la prueba". De hecho, fue esa mayor rigurosidad en el examen de su relato lo que condujo al tribunal a descartar la agravante del uso de arma de fuego de utilería en razón de que la duda sobre el modo de su utilización en el evento debía favorecer al imputado. Sin perjuicio de ello -y a diferencia de lo pretendido por la defensa-, esa mayor rigurosidad no constituyó, a criterio del a quo, un obstáculo para considerar que la versión del damnificado reproducida por el funcionario policial permitía tener por comprobado el suceso del modo expuesto en la sentencia, en virtud de que esa declaración ofreció "lo que ha percibido de modo directo, dentro de lo cual se incluye el relato -denuncia- de la propia víctima". Aquí no puede perderse de vista, al evaluar el peso de sus manifestaciones, que se trata de un funcionario público que intervino en esa calidad al momento del hecho. Además, el testimonio del policía no fue el único elemento tenido en cuenta por el a quo pues, como bien lo apunta la defensa en su impugnación, los magistrados valoraron, asimismo, que el relato del agente policial encontró sustento en la restante prueba obrante en la causa, esto es, en las actas de secuestro y de detención y las fotografías y pericias incorporadas por lectura o exhibición al debate. De este modo, resulta razonable la conclusión del tribunal respecto a que los dichos del damnificado L. fueron recreados en la audiencia de debate por el preventor B. "de modo eficaz para identificar a S. y su comportamiento intentando sustraerle los bienes", pues las referencias que éste recibió por parte de terceros y de la víctima, como también la posterior identificación de S. hecha por L., pusieron en evidencia "la descripción del acusado, la coacción ejercida y el hecho que S. lo siguiera y aguardara su salida del local, donde buscó refugio ante el robo pretendido". Sobre esta base, la eventualidad de que B. no haya presenciado el momento del ilícito no obsta a la efectiva comprobación de su acaecimiento del modo descrito en el pronunciamiento recurrido. Por lo demás, tampoco resultan atendibles las críticas del recurrente destinadas a desvirtuar, sobre la base de que no fue expuesto por el policía B., las afirmaciones hechas en la sentencia en torno a que: a) "Se trata de un hecho que damnificara a A. G. L.": pues resulta irrelevante el nombre del damnificado para tener por acreditada la autoría de S., desde que B. expresó que había podido distinguirlo por su vestimenta porque coincidía con la descripción hecha por quienes presenciaron el hecho y ello, además, había

sido confirmado por la víctima al identificarlo al momento de su detención. b) El hecho ¿ocurrió en la intersección de la Av. Rivadavia y Catamarca?: dado que del registro audiovisual de la audiencia de debate surge que B. dijo que estaba recorriendo la avenida Rivadavia en la zona de la Plaza Miserere y que detuvo su marcha ¿donde finaliza Catamarca? -esto es, en la intersección de la Avenida Rivadavia y la calle Catamarca-. En este contexto probatorio, el reproche realizado por la parte relativo a que no fue el policía quien introdujo la información vinculada con la espera de S. en la puerta de la pizzería no resulta determinante para contrarrestar la imputación dirigida en su contra. Se colige, de este modo, que los elementos de convicción fueron debidamente ponderados por el tribunal oral y que el decisorio impugnado resulta categórico y sólidamente motivado, de modo tal que los agravios desarrollados, desde este prisma, revelan únicamente una discrepancia con la valoración probatoria realizada por el a quo acerca de la materialidad de los hechos y de la intervención del imputado.

5. Sobre esta base, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de S. y confirmar la resolución recurrida, con costas, atento al resultado (arts. 456, 465, 468, 469, 471 a contrario sensu, 530 y 531, CPPN). El juez Horacio L. Días dijo: Adhiero al voto del juez Morin por compartir, en lo sustancial, sus argumentos y la solución propuesta. El juez Eugenio C. Sarabayrouse dijo: 1. Tal como repasa el juez Morin en su voto, el tribunal de mérito fundó la condena de S. en el testimonio del policía B., a quien calificó como ¿testigo de oídas? (fs. 308). Esto así, pues no logró darse con la presunta víctima A. G. L. para que declarara en el juicio oral, ni se admitió la incorporación de sus dichos en sede policial (cfr. acta de debate, fs. 290/vta.). 2. El valor probatorio de los ¿testigos de oídas? se estableció en el precedente ¿Santa Marinha?(5) y se reiteró en ¿Florentín?(6), ¿B. Brizuela?(7) y ¿Ortiz?(8). Allí dije que en los sistemas donde la prueba es analizada por jueces profesionales se admite el testimonio de oídas pero con un valor probatorio menor, que lo equipara a un indicio.(9) Indiqué, en cuanto a las razones de este trato diferenciado, que DAMA?KA señala: ¿...Cuando un testigo reproduce la declaración de otra persona realizada fuera del proceso, o cuando esa declaración está contenida en un documento, en la atmósfera relajada de los litigios continentales hay tiempo suficiente para buscar a esa persona al objeto de que se presente ante el tribunal -en la próxima audiencia, si es necesario-. Y si el testimonio judicial de esta persona difiere del realizado por el testimonio de referencia, el tribunal habrá escuchado a ambos, por lo que estará en condiciones de valorar qué declaración le merece mayor fiabilidad. Y debido al modo relativamente informal de práctica de la prueba que prevalece en el derecho continental...el testigo de referencia y el declarante pueden someterse a un careo. Y si el declarante no está disponible, normalmente hay tiempo suficiente antes de la próxima audiencia para recoger la información necesaria para valorar su credibilidad. Además, si el tribunal de primera instancia se basa en el testimonio de referencia, el nuevo juicio de las cuestiones de hecho en la apelación proporciona a los tribunales continentales otra nueva oportunidad de comprobar la información que se tenga sobre la fiabilidad de las declaraciones de segunda. Un enfoque más favorable al uso de la prueba derivada, potencialmente engañosa, parece justificado...?(10) Por otro lado, sostuve que un aspecto controvertido para estos supuestos es el respeto por el derecho a la confrontación, esto es, dentro del marco del ejercicio del derecho de defensa, que el imputado tenga en el debate la oportunidad de interrogar a los testigos en general y al de referencia en particular, tal como se desarrolló en el fallo ¿Arrieta?(11). 3. En este caso, el policía B. declaró en el juicio oral y la defensa tuvo oportunidad cierta de interrogarlo y confrontarlo. De esta manera, la cuestión central sobre este testimonio no pasa por la legitimidad de su valoración, que no está discutida, sino por su suficiencia para acreditar el hecho juzgado, dada la ausencia de la declaración de la presunta víctima en el juicio y de toda otra prueba independiente de los dichos de aquél. En otras palabras, la declaración de B. no debe descartarse, porque su incorporación no presenta vicios que impidan su válida consideración, pero resta establecer si basta como única prueba para sustentar la condena de S.. Es aquí donde cobra relevancia el valor probatorio menor de esta clase de elementos, que los podría equiparar a meros indicios, según se expuso antes. Por esa razón el tribunal de mérito entendió que ¿...el hecho [de] que la acusación se sost[uviera] a partir del testimonio del Ayudante B., exig[ía] un escrutinio intenso sobre su consistencia y congruencia con el resto de la prueba...? (fs. 308, el destacado es propio). El inconveniente radica en que, como se verá, ese testimonio presenta falencias que le impiden nutrir la acusación; y en que, como se adelantó, no se cuenta con ningún otro elemento que la sustente. a. En efecto, y en primer lugar, de la declaración de B. en el debate (cfr. CD obrante a fs. 340) emerge que: no presenció el suceso; se refirió a terceras personas que señalaron a S. como posible autor de un delito, pero la individualización de éstas fue omitida; y en ningún momento expresó el nombre o identidad del supuesto damnificado que se habría apersonado e indicado al detenido. En conclusión, no brindó una reconstrucción acabada y certera de lo acontecido. Es que, aunque haya proporcionado información sobre un posible hecho ilícito, su relato adquiere verdadero sentido únicamente si se lo vincula con los datos imprescindibles que podría haber aportado quien efectivamente resultó víctima. Sólo él, como fuente principal del despojo, se encontraba en condiciones de ratificar o no lo narrado frente al personal policial en ese contexto y de describir las específicas circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo el suceso, las cuales integran la concreta imputación y son necesarias para delimitarla. En suma, esta declaración de B. sólo permite aseverar la detención de una persona a instancias de terceros no identificados y el secuestro de ciertos objetos en su poder, pero impide afirmar,

más allá de toda duda razonable, la ocurrencia de la concreta imputación que la sentencia recogió en la condena. b. En segundo lugar y en cuanto al resto del material probatorio, si bien los jueces aludieron inicialmente a "...[l]os elementos de juicio recibidos durante la audiencia de debate y aquellos otros incorporados mediante lectura por acuerdo de partes..." (fs. 307vta.), en realidad únicamente mencionaron en su análisis "...la testimonial del funcionario policial, las actas de secuestro y de detención incorporadas, junto con fotografías y pericias de estilo..." (fs. 308vta.; en igual sentido, fs. 310vta.). Ahora bien, mientras que el acta de detención da cuenta solamente de la identidad de S., todas las demás piezas (acta de secuestro, fotografías y peritaje) remiten a objetos que fueron secuestrados en su poder pero que no pertenecían a la víctima e incluso le fueron restituidos al imputado en la sentencia (cfr. punto VII de la parte dispositiva, fs. 313vta.). Por ese motivo, no se aprecia su relevancia para considerar acreditado el suceso en los términos reprochados. La única excepción a tal devolución reside en el arma de juguete secuestrada, cuyo decomiso fue dispuesto en el fallo (cfr. punto VI). No obstante, la presencia de este elemento fue relegada por los jueces de la siguiente manera: "...el Ayudante B. no estuvo seguro si la víctima le había dicho que le exhibió un arma de fuego o hizo ademanes de tener un arma de fuego...no hubo recuerdo claro sobre el arma de utilería y es sobre este aspecto que la duda debe operar de modo favorable sobre el acusado..." (fs. 309); "...de sus explicaciones surgen ciertas dudas que han de resolverse a favor del acusado S., en particular en punto al modo en que se habría presentado la presencia de la pistola de plástico en el suceso. En ese marco, cobra razón la argumentación de la defensa en cuanto a que la falta de detalle sobre el 'uso' del arma de utilería, reclama resolver la cuestión del título de imputación a favor de S..." (fs. 308). La duda en favor de S. para descartar el empleo del arma de utilería debió, mediante el mismo razonamiento, desvirtuar la imputación completa. En definitiva no queda claro, dadas las falencias ya expuestas en torno al testimonio del policía B., por qué motivo aquella incertidumbre no se extendió a la materialidad del suceso y a la autoría del acusado en él. En este aspecto, asiste razón a la asistencia técnica cuando afirma que la sentencia se presenta contradictoria. c. Por ende, y a la luz de lo analizado, concluyo que las pruebas valoradas por el a quo, despojadas de todo relato de la víctima, son insuficientes por sí solas para reconstruir el hecho concreto reprochado a S.. En consecuencia, se deduce que la participación del nombrado en el suceso no ha sido acreditada más allá de toda duda razonable, según el alcance otorgado a la duda en los precedentes Taborda?(12), Marchetti?(13), Castañeda Chávez?(14), Guapi?(15), Fernández y otros?(16) y Díaz?(17) (entre muchísimos otros). 4. En virtud de lo dicho, disiento con el voto que lidera el acuerdo y propongo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de S., casar la sentencia recurrida y absolver al nombrado por el hecho juzgado. Sin costas (arts. 456 incs. 1° y 2°, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN). En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE: RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa a fs. 315/320 y CONFIRMAR la resolución recurrida, con costas (arts. 456, 465, 468, 469, 471 a contrario sensu, 530 y 531, CPPN). Se deja constancia que el juez Eugenio C. Sarrabayrouse participó de la deliberación y emitió su voto en el sentido indicado, pero que no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399, CPPN). Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 CSJN y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, quien deberá notificar personalmente al imputado, sirviendo la presente de atenta nota de envío. HORACIO DIAS Ante mí:

DANIEL MORIN PAULA GORSO Secretaria de Cámara Notas: (1) Cfr. VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO; Derecho Procesal Penal, T. I; Marcos Lerner Editora, Córdoba, p. 362. (2) Cfr. BACIGALUPO, ENRIQUE; La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios; Ed. AdHoc., Buenos Aires, 1994, p. 66/67. (3) Ibídem, p. 67/68. (4) Cfr. causa n° 11721/2015/TO1/CNC1, rta. el 15/2/19, reg. n° 96/19. (5) Sentencia del 12.9.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 836/17. (6) Sentencia del 8.3.18, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Días, registro n° 911/18. (7) Sentencia del 13.3.19, Sala I, jueces Bruzzone, Llerena y Sarrabayrouse, registro n° 215/19. (8) Sentencia del 26.8.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 1132/19. (9) Así, por ejemplo, lo destaca Klaus VOLK, Curso fundamental de Derecho procesal penal, traducción de la 7ª ed. alemana de Daniel Pastor et al, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 358. (10) Cfr. Mirjan R. DAMA?KA, El derecho probatorio a la deriva, traducción de Joan Picó i Junoy del original en inglés, Evidence Law Drift, Marcial Pons, Madrid, 2015. (11) Sentencia del 30.5.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 421/17. (12) Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15. (13) Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15. (14) Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15. (15) Sentencia del 24.11.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 947/16. (16) Sentencia del 10.11.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 1136/17. (17) Sentencia del 27.2.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 132/18. Correlaciones: M., J. D. por abuso sexual con acceso carnal agravado - Sup. Trib. Just. Corrientes - 29/04/2019 - Cita digital IUSJU037753E

003229F