

2000-9461-24

C- 135.184

En la ciudad de La Plata se reúnen en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Manuel Bouchoux, Mario Kohan y Daniel Carral, para resolver el recurso de casación deducido en causa **Nº135.184** caratulada **“SALAZAR CHRISTIAN GABRIEL s/ Recurso de Casación”** y, practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente:

BOUCHOUX-KOHAN-CARRAL.

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

El Tribunal en lo Criminal Nº2 del Departamento Judicial Avellaneda Lanús, con fecha 2 de septiembre del año 2024, condenó a Christian Gabriel Salazar a la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el empleo de arma impropia en grado de tentativa, declarándolo reincidente y a la pena única de cuatro años y un mes de prisión, comprensiva de la dictada en la presente y de las impuestas por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nº23 de CABA de seis meses de prisión por el delito de hurto agravado por tratarse de vehículo dejado en la vía pública, más la declaración de reincidencia y por el Juzgado en lo Correccional Nº3 de Quilmes en la causa 13-00-22057-21 de cuatro meses de prisión -con reincidencia también- por el delito de robo simple en grado de tentativa.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el Defensor Oficial del nombrado, Dr. Carlos Mauricio Catalano.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: *¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?*

Segunda: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la **primera cuestión** planteada, el señor Juez **Bouchoux**, dijo:

I.- La defensa sostiene que la sentencia puesta en crisis resulta arbitraria, ya que se efectuó una errónea aplicación de lo preceptuado por los artículos 1, 210 del CPP y 18 de la Constitución nacional.

Alega que la incorporación por lectura del testimonio de la víctima prestado en sede policial sin control de la defensa, constituyó la prueba única y dirimente en relación a la aplicación de la agravante "arma impropia", apartándose de lo resuelto por la CSJN en el caso "Benítez".

Sostiene que no existe una fuente de investigación independiente con idoneidad para acreditar el extremo alegado, por lo que insta la nulidad de la incorporación.

En esa senda, indica que de esa forma se vulneró el contradictorio al incorporar dicho testimonio, en consonancia con lo estipulado por los arts. 8.2. f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en atención a lo resuelto por la Corte Federal en el precedente mencionado.

Por otra parte, cuestiona que una llave de automóvil pueda ser considerada jurídicamente un arma en los términos del art. 166 inc. 2 del Cód. Penal, debido a que, en su criterio, carece absolutamente del poder vulnerante ex ante que requiere la calificación sostenida.

En consecuencia, solicita que se excluya del campo probatorio los dichos del señor Delgado y se recalifique el hecho como robo simple en tentativa en los términos de los arts. 42 y 164 del Cód. Penal.

Hace reserva del caso federal.

II.- Estimo que para dar respuesta a la defensa acerca de la exégesis de la norma que reclama vulnerada a la luz de la interpretación jurisprudencial sentada en el precedente de la Corte

Suprema de Justicia “Benítez”, obligadamente es necesario efectuar algunas breves consideraciones sobre el modelo procesal que emerge de nuestra Constitución nacional, tal como lo señala el Defensor Catalano en su escrito recursivo.

En un primer acercamiento, el derecho a la confrontación es la posibilidad que tiene el acusado, en el sistema de juzgamiento oral, de confrontar a los testigos que declaran en su contra concebido como la más importante expresión del principio de contradictoriedad.

Si bien su origen puede rastrearse en el derecho romano -la propia Biblia refiere ese origen (Hechos:25.16)-, su desarrollo corresponde primero al derecho inglés y luego al norteamericano en función de su incorporación como enmienda a su carta magna. Aparece en nuestro ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Derechos Humanos, que asumen rango constitucional en el año 1994. A nivel jurisprudencial, el fallo “Benítez” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2006) marca un hito en lo que hace al reconocimiento del derecho a la confrontación como garantía constitucional.

En nuestra provincia, la ley que estableció el nuevo proceso penal en el año 1997 previó una muy rudimentaria regulación en relación al modo de producirse la prueba en el juicio oral. La ley 14.543 de 2013 estableció finalmente el juicio por jurados y esta normativa reguló con mayor precisión y con impronta adversarial la producción de la prueba durante el litigio.

Para decirlo en pocas palabras, se entiende que un sistema de juzgamiento penal compatible con un estado constitucional de derecho debe, cuanto menos, establecer un juicio oral, acusatorio y contradictorio.

En efecto, la dimensión material del derecho de defensa concreta el aspecto de ese derecho que le garantiza al imputado la posibilidad de participar de diferentes maneras en el proceso penal, incluyendo la de introducir una hipótesis alternativa en el juicio oral y a que se tenga en cuenta al momento de la decisión final, si viene acompañada de una mínima actividad probatoria.

Tengo dicho (causa N°134.140, sent. del 26 de junio) que el proceso penal, como mecanismo jurídicamente reglado por el que se pretende establecer el valor de verdad de un enunciado acusatorio, no puede ser pensado sin el derecho de defensa como garantía de falsación y refutación de aquel enunciado. Así, el significado de la palabra verdadero es la correspondencia fundada y aproximativa de las proposiciones de las que se predica con los hechos ocurridos y que deberá ofrecer la confianza suficiente como para superar el estándar de la duda razonable (Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, 9ª Edición, Madrid 2009).

Tan importante es la cuestión de la verdad que muchos aun sostienen que averiguar la verdad es uno de los fines del procedimiento penal. Más acá en el tiempo, otros interpretan que la comprobación de la verdad debe entenderse como una condición indispensable para la validez de una sentencia condenatoria que aplica la ley penal (Guzmán, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Bs. As., 2011). Es el juicio oral la etapa del proceso en la que aparecen características acusatorias: oralidad, publicidad, concentración, continuidad, inmediación, un juez como tercero imparcial o un jurado popular y una equiparación formal entre la defensa y la acusación en punto a la posibilidad de producir prueba. Es en esta etapa donde surgen los únicos elementos que pueden fundar la sentencia, que además debe guardar correlación con la acusación. La prueba entonces debe producirse en el debate teniendo en cuenta que el proceso judicial no dispone de un método de descubrimiento o de verificación, sino que únicamente cuenta con un método de confirmación y refutación.

Esta concepción semántica u objetiva del significado de la verdad indica las condiciones de uso

del término verdadero que exige la predeterminación legal de lo que se hablará en el proceso, cuya estricta legalidad se vinculará con la verificabilidad y la refutabilidad de la hipótesis acusatoria a lo que se arriba a partir de la producción de prueba.

Ahora bien, el tribunal de la instancia consideró que, con las pruebas producidas y aquellas integradas al debate, resultó acreditada la hipótesis fiscal de acuerdo a la cual: *“...el día 29 de abril de 2024 alrededor de las 21.30 hs. y en las cercanías de la intersección de las calles Defensa e Irala del Barrio Anglo del partido de Avellaneda, un sujeto masculino identificado como Christian Gabriel Salazar, mediante intimidación ejercida sobre la persona de Nelson Fernando Delgado al apoyarle una llave de ignición automotor en el cuello a modo de elemento punzante, intentó apoderarse ilegítimamente de una campera, un celular y dinero en efectivo propiedad de la víctima no logrando su cometido por razones ajenas a su voluntad”* (sic).

En la primera cuestión del veredicto, el magistrado puntualizó que dicha plataforma fáctica se desprendía de las *“... piezas incorporadas en forma directa por haberlo solicitado las partes y por resolución del Tribunal en los términos del art. 366 del rito, elevadas entonces a prueba legal intangible en la decisión de mérito sumado a ello la declaración testimonial de la víctima de autos por los motivos que se desarrollarán en oportunidad de analizar su contenido”* (sic). Luego, en la segunda cuestión del veredicto reseñó el relato de quienes fueron llamados al juicio a declarar como testigos.

Así, mencionó que el Sargento Maximiliano Daniel Gallo refirió que esa noche, mientras se encontraba patrullando, divisó un taxi de Caba que decidió identificar. El testigo explicó que se acercó con la patrulla y desde atrás observó a un masculino parado al lado del chofer que tenía medio cuerpo dentro del vehículo y estaba tomando al conductor del cuello. Aclaró que le dieron la voz de alto y el sujeto emprendió la fuga, siendo aprehendido a unos pocos metros. Recordó que, en su poder, secuestraron pertenencias de la víctima y en el trayecto de la persecución hallaron la llave del vehículo. Asimismo, explicó que el taxista les dijo que el hombre detenido lo había robado con algo punzante que utilizó para pincharle el cuello. El personal policial Lautaro Manuel Breccia expuso la misma secuencia que su compañero Gallo. Añadió que la víctima les manifestó que el aprehendido había tomado el taxi desde Capital hasta Maciel y que, en un lugar sin salida, lo quiso robar, tomó la llave del vehículo colocándosela en el cuello y le sustrajo la campera, el celular y dinero en efectivo. Afirmó que esos objetos fueron secuestrados en poder del acusado y que la víctima reconoció las prendas como propias. Destacó que el imputado tenía reducido al chofer, como acorralado. Explicó que no vio que tuviera la llave en la mano, aunque observó los movimientos que hacía con los brazos -los que reprodujo en el juicio-, los cuales, a su entender, revelaban que tenía algún elemento con el que amenazaba al taxista.

En el contraexamen, el testigo explicó que no recordaba por qué no había quedado plasmado en el acta la circunstancia de la llave, que pensó que estaba. Aclaró “El caco hacía presión en el cuello con algo pero no se veía con qué. La víctima luego le contaría que era la llave de arranque de la Surán”.

En el acta de procedimiento (consultado el sumario digitalizado en SIMP), respecto a cuya integración la parte no se disconformó en el juicio, fue relevado que: *“... en recorrida sobre la calle Defensa y la arteria Pasaje 2 del barrio Anglo de este medio, visualizamos un vehículo estacionado sobre dicha arteria del tipo taxi de color amarillo y negro ... donde en su interior había un masculino sentado en el asiento del conductor y de la ventanilla de la puerta delantera mismo lado, otro masculino parado el cual vestía pantalón de color de jeans azul. Y una campera de abrigo oscura del tipo rompe viento. El cual tenía metido medio torso dentro del interior de dicho rodado por esa ventanilla. Ambos estaban forcejeando por lo que nos acercamos, el masculino que estaba con el torso desnudo dentro del vehículo al visualizar*

nuestra presencia, rápidamente emprende fuga a la carrera ...”.

Asimismo, consta que la víctima refirió: “... al dirigirme por la misma casi llegando a un barrio de muchas casas, me toma del cuello sujetándome con su mano izquierda me dice que pare la marcha del auto y lo apague ... con la mano izquierda saca la llave e encendido del tambor de admisión y me lo coloca a la altura del cuello y me dice a viva vos: SIC ... QUEDATE CALLADO ESTO ES UN ROBO ... Que al momento de estar agarrando la campera este sujeto, visualiza algo que lo hace salir corriendo de mi auto, supongo era su móvil” (sic).

También se dejó constancia que en poder del aprehendido no fueron encontrados elementos de peligrosidad.

Tal como lo señala la defensa, en el acta de entrega de las pertenencias sustraídas, no se consignó que fuera entregada la llave del vehículo. Tampoco fue retrata mediante las fotografías obtenidas a diferencia de los restantes objetos cuyas imágenes fueron obtenidas (consultado el sumario digitalizado en SIMP).

Por último, el Tribunal valoró la declaración que la víctima prestó el día 30 de abril de 2024 en sede policial. La defensa, como señalé, se quejó de la admisión de dicha prueba en el contradictorio. Veamos.

Conforme se desprende del acta del debate el Fiscal de Juicio “... *-como cuestión preliminar y en virtud de las actuaciones aportadas- solicitó que se resuelva la incorporación por lectura del testimonio brindado por la víctima de autos, ello toda vez que se desprende de la instrucción suplementaria aportada la ausencia del mismo. A mayor abundamiento, el Representante del Ministerio Público Fiscal explicó que se citó a la víctima en el domicilio aportado, diligencia de la cual se informó que allí no vive, por eso llamó al teléfono aportado, abonado el cual esta fuera de servicio, se agregó el informe del RENAPER donde consta que es el mismo domicilio y así y todo se rastreó en el sistema informático y figura que la víctima ha hecho una denuncia por daños donde figura el mismo domicilio al que fuera notificado por dicha parte. Además, se pidió al RPA el automóvil que estaba involucrado en la denuncia, del cual no era titular la víctima pero sí es titular un tal Conde, se libró citación al domicilio de aquél y figura que es un baldío, fotografías las cuales se aportaron. Por último, en el acta del sistema informático también figura un domicilio de la víctima en calle Debenedetti, lugar a donde se libró citación y por la declaración de dos vecinos se constata que aquél no vive allí. En virtud de todo ello, no habiéndose podido citar a la víctima y conforme lo normado por el artículo 366, párrafo segundo, supuesto segundo, del CPPPBA, solicita la incorporación por lectura del testimonio que figura a fojas 13*” (sic).

La defensa se opuso y el magistrado de la instancia consideró que “... *sin perder de vista lo expresado por la Defensa y sin perjuicio de la valoración y el alcance que se va a hacer de la pieza procesal, en virtud de lo normado por el artículo 366, párrafo segundo, supuesto segundo, del CPPPBA, corresponde HACER LUGAR A LA INCORPORACIÓN POR LECTURA LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL EFECTUADA POR LA VÍCTIMA DE AUTOS A FOJAS 13*” (sic).

En la primera cuestión de la sentencia, el juzgador aportó los argumentos de réplica a la postura defensista. Al respecto, entendió que:

“Es claro que el principio sentado no es absoluto. La posibilidad de interrogar a los testigos de cargo por parte de la Defensa abarcan a aquellos sujetos presentes en el Debate o ubicables físicamente -como lo prevé la CADH- como también a los que deponen durante la investigación penal preparatoria. De ningún modo podría referirse a los testigos fallecidos, ausentes o inhabilitados sino el art. 366 del Rito no tendría razón de ser” (sic).

“Es claro que la ‘inmediación’ es atributo propio del juicio oral y por el principio de igualdad de armas y el de buena fe procesal, no puede soslayarse” (sic).

-“Sentado ello, la previsión del art. 366 aparece como una excepción a la oralidad o a la inmediación en la exposición y análisis de la prueba ventilada en el Debate y el fundamento de este mecanismo radica, para gran parte de la doctrina, en el principio de ‘búsqueda de la verdad real o histórica’ que no es otra cosa que lo que domina el proceso penal” (sic).

-“Nada parece indicar en el caso que nos ocupa, que durante la instrucción de la causa se le hubiera impedido a la Defensa o al imputado pedir que la víctima declare nuevamente en su presencia. Piénsese que Salazar fue aprehendido al momento de los hechos -un 29 de abril en horas de la noche-. En ese ínterin y hasta entrada la madrugada del día 30, prestó declaración Delgado. Luego el mismo día 30 se le recibió a Salazar la declaración del art. 308 del Rito, su primera oportunidad de defensa, cuando hizo uso de su derecho constitucional de negarse a declarar. Y finalmente el 17 de mayo de 2024 la Fiscalía requirió la elevación a juicio de la causa que se hizo efectiva el 26 de julio del mismo año pues en el medio el defensor de aquella etapa apeló ante la Cámara la calificación dada al hecho, no así la necesidad de interrogar a la víctima. Es decir que no faltaron oportunidades para que de parte del imputado se ejerciera el control que la Defensa ahora exige” (sic).

Por último, citó un precedente de la Sala II de este Tribunal.

Retomando el análisis con el que inicié mi voto, debe tenerse en cuenta que las investigaciones judiciales tienen limitaciones formales y materiales que condicionan el conocimiento de la verdad. Así, las limitaciones formales se vinculan con las garantías que protegen valores superiores (v.gr. la dignidad humana), y las materiales derivan de la propia naturaleza de la investigación. Se trata de una investigación fáctica respecto de la cual no podrá hablarse de demostración en sentido científico.

Entonces, una concepción garantista del proceso penal no renuncia a obtener la verdad, sino que descarta aquella idea absoluta de la verdad y se conforma con una verdad relativa o aproximada que supere el estándar de la duda razonable.

La defensa ejerce el control de la acusación en el marco del contradictorio, y esta contradicción es entre la hipótesis de la acusación y la de la defensa, con las pruebas y contrapruebas correspondientes. El principio del contradictorio es aquel que garantiza la posibilidad para las partes de cuestionar todo aquello que pueda influir en la decisión del juicio. Presupone la paridad de armas y asegura la posibilidad de la refutación o contraprueba.

Uno de los requisitos del contradictorio es que la defensa pueda participar activamente del material probatorio, controlando la prueba producida, interrogando y contrainterrogando a los testigos, ya que la hipótesis será una pura conjetura que deberá ser confirmada por la prueba, pero que será sometida al contradictorio, es decir a la posibilidad de producir pruebas contrarias con la pretensión de desacreditarla. Desde ese andarivel, el contradictorio, como derivación del derecho a la defensa en juicio, se transforma también en un método de investigación judicial que se importa de la investigación científica y que, al someter a un test de control a la hipótesis acusatoria, resulta ser también el más adecuado para el conocimiento de la verdad aproximativa.

Por ende, a la inversa de lo postulado en la decisión que se ataca, el contradictorio sirve, por un lado, para garantizar la defensa en juicio con igualdad de armas, pero además aparece como un método eficaz para averiguar la verdad, porque somete la hipótesis acusatoria a una crítica que permite arribar a una verdad que siempre será aproximativa o relativa, pero que ofrecerá mayor confiabilidad. De manera tal que la información recogida provisoriamente en la investigación deberá ser producida en el juicio oral en un escenario con igualdad de armas y donde todas las constancias preparatorias se transformarán en meras herramientas de litigación de las partes.

Ahora bien, el derecho a la confrontación, vinculado a la prueba testimonial, es uno de los

institutos esenciales de un procedimiento contradictorio y lo es justamente por ser un instrumento decisivo para concebir una defensa en juicio efectiva. La relación del derecho a la confrontación con la verdad es muy clara. La presencia del testigo de cargo en el juicio y el modo en que la contraparte realiza el contrainterrogatorio servirá para producir información que sirva para refutar la hipótesis acusatoria.

La base de la oralidad está en el derecho a la confrontación, porque la mera inmediación no garantiza el derecho de defensa. Y el derecho a la confrontación no se abastece únicamente con la presencia del testigo: el formato del examen y contraexamen (examen cruzado) hace a la esencia de la confrontación. Ya he dicho sobre el punto que *“... la eficacia y la utilidad de la inmediación radica en que el juez está presente y que, dentro de los límites establecidos por las normas procesales, puede consultar a las partes y pedir aclaraciones a los testigos, observar a los declarantes y sus reacciones. Sin embargo, ese es el límite y la eficacia de la inmediación. La inmediación con la práctica de la prueba constituye una exigencia que tiene como finalidad evitar errores producidos por la intermediación de terceros, sin que sea en ningún caso un instrumento de valoración subjetiva de la prueba ni un límite al control de esa valoración en sucesivas instancias procesales”* (causa N°123.391, sent. del 18 de febrero).

La contradictoriedad de la prueba sumada a la inmediación tendrá como consecuencia información de mejor calidad para decidir el caso. La prueba se modificará al pasar por la exigencia de la contradictoriedad (Baytelman y Duce, 2005) y el contraexamen propio del ejercicio del derecho a la confrontación es el instrumento más adecuado para lograr un más aproximado conocimiento de los hechos (test de superposición).

Entonces, el derecho a la confrontación aparece como una garantía esencial en orden al modo de producción de la prueba y su regulación debe concebirlo como un método para averiguar la verdad.

En términos generales, el derecho a la confrontación es la posibilidad que tiene el acusado, en un proceso criminal, de confrontar en el juicio oral a los testigos que declaran en su contra.

Como señalé, el derecho a la confrontación tiene su origen en el derecho romano, pero su formulación contemporánea y occidental aparece, en la sexta enmienda de la Constitución de Estados Unidos -la llamada cláusula de confrontación-, y data del año 1787, y que en lo que ahora interesa indica: “En todos los procesos penales el imputado gozará del derecho a un juicio público... ser confrontado con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor”.

Más cerca en el tiempo y en cuanto a la aplicación a nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la confrontación aparece en los pactos internacionales a partir de su formulación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966) y más tarde -en nuestra región- en la Convención Americana de Derecho Humanos (1969). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula esta garantía en su artículo 14 -inciso 2, apartado e-, estableciendo que el acusado tiene derecho “a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”. La Convención Americana, por su parte, establece en su artículo 8 - inciso 2, apartado f-, el 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”. Ambos tratados tienen en nuestro país jerarquía constitucional a partir de 1994.

En el plano internacional, esta garantía fue también reconocida en las denominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal (Reglas de Mallorca), redactadas por juristas de distintas nacionalidades.

Ahora bien ¿qué significa que el acusado pueda confrontar a los testigos de cargo?.

La lógica de un sistema procesal contradictorio, parte de la idea de considerar prueba únicamente aquella que se produce en el juicio. En el caso de la prueba testimonial, solo será tenida por tal la declaración prestada en juicio por la persona presente y sometida al formato del examen y contraexamen. La decisión de realizar un contraexamen se apoya en la necesidad de adoptar una visión estratégica del caso (teoría del caso) y la manera en que se ejercite el contrainterrogatorio debe permitir que éste funcione como un modo eficaz para refutar la hipótesis fiscal.

El éxito de la teoría del caso en el juicio va a depender de que la parte construya una historia o relato que genere en el juzgador la convicción de que los hechos ocurrieron del modo que se afirma y, el momento fundamental para acreditar esa historia, es la producción de la prueba testimonial.

En el ámbito de las leyes procesales argentinas predominaron las regulaciones que admiten en supuestos excepcionales la incorporación o integración por lectura de los testimonios prestados en la etapa investigativa, entre los que figuran los testigos ausentes, como ocurre en el caso (art. 366, CPP).

En consecuencia, de acuerdo al reclamo de la defensa, el tópico que debe resolverse es cómo proceder en aquellos casos en que el testigo -ausente- no está disponible en el momento del juicio oral y existe una declaración previa producida en la etapa investigativa.

Se ha dicho que, en estos casos, se advierte una tensión entre la pretensión fiscal de sostener la imputación con las actas del testimonio anterior y el reclamo defensorista de ejercer válidamente su derecho al contraexamen. Esto se traduce en una disputa entre el pedido de “incorporación por lectura” del testimonio previo y el reclamo de control por parte del acusado. La práctica judicial tradicional consiste en aplicar sin miramientos la excepción legal, es decir que, acreditada la ausencia del testigo, se incorpora la declaración al debate y ese elemento termina por ser valorado a la hora de decidir el caso sin limitación alguna.

La consecuencia de ello es que se habilita la condena de una persona aun sin posibilidad de control de la prueba por parte de la defensa e incluso sin siquiera exigir que se trate de un testimonio prestado en sede judicial, como ocurre con la declaración de la víctima Delgado.

La Corte Suprema de Justicia abordó la cuestión y produjo un cambio decisivo en el precedente “Benítez” al reconocer el carácter constitucional del derecho de la defensa de interrogar a los testigos de cargo. En el caso, revocó una condena fundada en prueba de cargo que la defensa no había tenido posibilidad de controlar por haber sido producida durante la etapa instructoria y sin su conocimiento. Allí el máximo tribunal afirmó que el esfuerzo realizado por el Estado para hallar al testigo no obstaba a ponderar la ausencia de control por la defensa. El estándar establecido en este precedente postula la exigencia de que exista una posibilidad de control de la defensa, pero abre la puerta de que éste se tenga por abastecido en la etapa investigativa. Fuera de supuestos excepcionales -anticipo extraordinario de prueba-, no parece la solución más aconsejable para todos los casos ya que adelantar la posibilidad del contraexamen atentaría contra la esencia preparatoria de la investigación y tornaría ilusorio el contradictorio. De ahí que el sistema de admisión de pruebas deba lograr un adecuado equilibrio entre, por un lado, la incorporación al proceso de toda suerte de información que pueda resultar relevante para la búsqueda de la verdad y, por otro lado, los límites impuestos al acceso de parte de dicha información al proceso motivados por las exigencias del debido proceso.

El legítimo desempeño de la función jurisdiccional, reitero, implica la existencia de un marco constitucional de garantías penales y procesales como presupuesto irrenunciable para la búsqueda de la verdad y, por ende, para acreditar la hipótesis acusatoria.

En virtud de lo expuesto, la regla del artículo 366 del CPP no puede ser interpretada por fuera de la principio contradictorio que exige que, salvo excepciones justificadas, la prueba debe

celebrarse en el juicio.

Parto de la idea que, a mayor y más fiable información, mayor probabilidad de acierto en la decisión sobre los hechos. Por lo tanto, en la riqueza del acervo probatorio -riqueza cuantitativa y cualitativa- repercutirá justamente la admisión de pruebas que no puede derivar en un mecanismo perverso de hacer ingresar “por la ventana” aquella prueba que, en realidad, está prescindiendo del contradictorio o desvirtuándolo, ya que en la relación entre verdad y contradicción no es posible, como señalé, dejar de lado el derecho de defensa.

Determinar en la práctica, entonces, qué implica “una oportunidad efectiva y útil de interrogar o hacer interrogar a los testigos” (conf. “Benitez”) que prestaron declaraciones de cargo debe ser analizado en cada caso.

Reprocharle a la defensa que nada hizo antes del debate para confrontar los dichos del testigo, como lo requirió el magistrado de la instancia, no es pertinente (a un lado los supuestos de actos irreproducibles o prueba anticipada), ya que le estaría indicando cómo llevar a cabo su tarea al pedirle que legitime anticipadamente la incorporación de los dichos de la víctima sobre los que se sustentó la investigación y la teoría del caso de la acusación en cuanto a que el imputado utilizó la llave del vehículo como arma impropia, lo cual claramente va en contra de sus intereses y del derecho a confrontar al testigo en el debate, instancia en la que debió llevarse a cabo el examen de la declaración.

La circunstancia por sí sola de que se haya acreditado fehacientemente que el paradero del testigo no pudo ser ubicado no puede ser interpretada por fuera de los estándares anteriormente señalados, máxime cuando como en el caso se trató de la declaración del damnificado prestada en sede policial sin ningún resguardo de los derechos del imputado (conf. precedente “Alfonso, David. A.” de CSJN) que, claro está, es hábil para iniciar una investigación pero resulta insuficiente en la fase condenatoria del proceso donde el grado de exigencia probatoria implica que se hayan refutado las hipótesis alternativas compatibles con la inocencia y un método de verificación de la hipótesis acusatoria a tono con los parámetros constitucionales.

Más allá de las objeciones que pueden formularse a la construcción del criterio de prueba dirimente (precedentes del TEDH luego de “Unterperinger”), en el caso, la declaración de la víctima era sustancial para esclarecer lo que ocurrió esa noche.

Al respecto, también asiste razón a la defensa cuando estima que las testificales del personal policial que intervino y aprehendió al acusado no resultan suficientes para tener por acreditado el empleo de la llave en el sentido requerido por la agravante bajo cuestión.

En primer lugar, debo aclarar que, a diferencia de lo que opina el recurrente, no encuentro inconvenientes para que la llave de un vehículo pueda quedar comprendida en las previsiones del art. 166 inc. 2 del Cód. Penal debido a que se trata de un elemento que, según la manera en que se utilice, permitiría aumentar el factor intimidante tendiente a anular la resistencia del sujeto pasivo e incrementaría el peligro para la integridad física del damnificado (v.gr. si es empleado como elemento punzo cortante al ser colocado en el cuello de la víctima).

Sin embargo, esto no fue lo que los policías recrearon en el debate. En efecto, advierto que si bien los testigos Gallo y Breccia refirieron que la víctima les mencionó que el acusado la intimidó con la llave del taxi que le había colocado en el cuello (incluso Breccia señaló que vio los movimientos del brazo), dicha dinámica no fue esclarecida en el juicio y mucho menos puede inferirse razonablemente del conjunto de prueba disponible. Debe tenerse en cuenta que, en el debate, los policías declararon que el masculino estaba parado al lado del chofer con medio cuerpo dentro del vehículo, tomando al conductor del cuello y que, al recibir la voz de alto, emprendió la fuga, circunstancia ésta de la que también dio cuenta el acta del procedimiento. Este tramo del acta no se condice con los dichos de la víctima que fueron

relevados en el mismo documento ni tampoco logró ser dilucidado en el contradictorio. Así, conforme se dejó constancia en el acta del procedimiento valorada por el Tribunal, la víctima expresó que el masculino, que era su pasajero, la atacó mientras estaba dentro del vehículo, le pidió que sacara la llave del tambor y se la colocó en el cuello al tiempo que le manifestaba que era un robo. Luego de tomar su campera -que estaba en el asiento del acompañante-, salió corriendo, suponiendo que había visto el móvil policial.

Ni siquiera los policías fueron interrogados respecto a si el vehículo se encontraba (o no) en marcha cuando vieron al acusado parado al lado del chofer con el medio cuerpo dentro del vehículo. La restante prueba valorada tampoco aludió a la llave del vehículo (v.gr. fotografías, acta de entrega de las pertenencias).

En función de lo expuesto, observo que la testifical del damnificado -sujeta al respectivo examen y contra examen- era dirimente para determinar la secuencia fáctica y tener por acreditada la teoría del caso de la acusación en este aspecto relativo a que el acusado empleó la llave del vehículo como arma impropia.

En función de lo expuesto, estimo que la integración al juicio de la declaración que Nelson Fernando Delgado prestó en sede policial en los términos señalados violenta el debido proceso y el derecho a la defensa que asisten al acusado, por lo que corresponde su exclusión de la conformación del conjunto de elementos de juicio (arts. 18 y 75 inc. 22, Cons. nac.; 8.2.f., CADH y 14.3.e., PIDCP; 211, CPP; doct. fallo "Benítez" de CSJ; 211 y 366 párr. sexto, CPP). Por lo demás, la dinámica narrada por el personal policial no excede las previsiones del robo simple.

En consecuencia, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N°2 del Departamento Judicial Avellaneda Lanús, en la causa N°1050/2 y casar parcialmente el fallo atacado por haber aplicado erróneamente los artículos 211 y 366 párrafo sexto del CPP; recalificar el hecho como constitutivo del delito de robo simple en grado de tentativa y, en consecuencia, reducir la pena impuesta a Christian Gabriel Zalazar que, en consideración a ello y a la pauta agravante ponderada, se fija en tres años de prisión, accesorias legales y costas, más su declaración de reincidencia. Sin costas en esta instancia (arts. 8.2.f.; CADH; 14.3.e., PIDCP; 18, y 75 inc. 22, Cons. nac.; 42 y 164, Cód. Penal; 1 106, 210, 211, 366 sexto párrf.; 373, 448, 530 y concs., CPP).

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez **Kohan** dijo:

Abro respetuosa disidencia al voto del Dr. Bouchoux, con las salvedades que habré de poner de resalto.

Coincido con el estimado colega en su interpretación de la doctrina que surge a partir del fallo "Benítez" de la Corte Federal, mas entiendo que no puede limitarse la posibilidad de control del testimonio a actos del juicio o a anticipos extraordinarios de prueba sino que -como lo desarrollaré- tal oportunidad puede extenderse a la etapa instructoria del proceso. De igual modo, anticipo también que comparto plenamente lo dicho acerca de la indebida actuación del Juez de juicio al permitir el ingreso del testimonio del señor Delgado, con los alcances dados por el ilustrado voto del Dr Bouchoux.

Repasando la cuestión medular, en lo que hace a la incorporación por lectura de declaraciones testimoniales recibidas durante la etapa instructoria al debate y sobre los alcances de la manda contenida en el párrafo tercero del art. 366 del C.P.P., habré de hacer las siguientes consideraciones, abonando a lo que anticipara en los párrafos precedentes.

He sostenido mientras me desempeñé como Juez de Tribunal en lo Criminal en el Departamento Judicial de San Isidro que el alcance que debía darse a la manda en trato era que constituía una reglamentación razonable de los derechos consagrados en los tratados

internacionales de jerarquía constitucional y deviene justa hasta por el propio texto de nuestra carta magna, pues si bien así no lo indica el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la antes citada Convención Americana sobre Derechos Humanos sí aclara que el derecho del imputado al interrogatorio del testigo debe ceñirse "...a los testigos presentes en el tribunal", esto es, ni más ni menos que a aquéllos que están en condiciones de ser escuchados, sin ningún otro requisito que la verificación de los presupuestos regulados en la norma en trato, esto es, certificar en forma fehaciente la imposibilidad de hacer comparecer al testigo al debate (Causa N° 2436 "ROMERO, Angel Jesús", rta. octubre de 2008, entre otras).

Mas la doctrina que ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del fallo "Benítez, Aníbal" (B. 1147. XL) y siguientes, hacen que deba rever la cuestión. En este pronunciamiento, la Corte estableció cuáles deben ser los alcances interpretativos del art. 391 del C.P.P.N. -el cual posee una redacción análoga al art. 366 del digesto rituario de esta provincia, en cuanto al centro neurálgico de la cuestión planteada - sobre la base de garantías de jerarquía constitucional. En dicho pronunciamiento, se sostuvo que "...la circunstancia señalada por el a quo con relación a que la incorporación por lectura de las declaraciones se produjo en el marco del art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación, en razón de que 'resultaron infructuosas las numerosas diligencias para lograr su comparecencia a la audiencia' no basta para subsanar la lesión al derecho de defensa producida durante el debate. El hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal. De allí que la invocación de la 'imposibilidad' de hacer comparecer al testigo no baste para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba. Desde este punto de vista, lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de 'incorporación por lectura[']', el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado (conf. TEDH, caso Unterpertinger vs. Austria, serie A, N° 110, sentencia del 24 de noviembre de 1986, esp. párr. 31)" (CSJN, causa "B. 1147. XL.", caratulada "Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves -causa N° 1524-", del 12/12/2006, considerando n° 13 del voto de la mayoría). Pero, a la vez, aclaró "...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 Săidi vs. Francia, Serie A, N° 261-C, sentencia del 20 de septiembre de 1993, párr. 43 -sin destacar en el original-; asimismo, caso Barberá, Messegué y Jabardo vs. España, serie A, N° 146, sentencia del 6 de diciembre de 1988)" (íd., considerando n° 14); y, luego de recordar que dichos criterios interpretativos han sido adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Castillo Petrucci c. Perú" (CIDH, sentencia del 30 de mayo de 1999), el Superior Tribunal de este país destacó que "...la Corte Interamericana consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido contrainterrogar 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)" (ibíd., considerando n° 15).- A la luz de lo dicho, considero que lo que ha establecido el Cíbero Tribunal Nacional es una suerte de estándar por el cual la garantía de la defensa en juicio y el acabado cumplimiento de los artículos 8.2 de la Convención y del art. 14 del Pacto antes invocados se ven resguardados si la defensa tuvo una oportunidad útil y efectiva para interrogar o hacer interrogar a los testigos

de cargo en alguna oportunidad del proceso, lo que indudablemente incluye la etapa instructoria.

Esta postura es la que sostiene afamada doctrina al decir que "...la Corte Interamericana consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido contrainterrogar a los testigos ni durante la instrucción ni con posterioridad..." (CSJN, causa cit., considerando nº 15; el subrayado me pertenece a los fines ilustrativos). Es más, parte de la doctrina al comentar el fallo "Benítez" le asignó idéntica inteligencia, afirmando que "...sólo cuando la defensa ha tenido en alguna etapa previa la efectiva posibilidad de controlar el testimonio cuya incorporación por lectura se pretende se estará entonces ante un procedimiento válido" (Carró, Alejandro, "El derecho a confrontación de testigos de cargo. Garantía constitucional y un llamado a la realidad", publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, LexisNexis, nº 6/2007, págs. 1093/1094) para luego sintetizar la posición enunciada refiriendo que "Esta mención de la Corte argentina sugiere lo siguiente. 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" (conf. Carrió, op. cit., pág. 1094).

Así las cosas, de las constancias de la causa surge que la defensa de no tuvo efectivamente aquella posibilidad de interrogar al testigo de cargo de referencia.

Sin perjuicio de prescindir del testimonio antes enunciado, existen elementos de prueba que sustentan la responsabilidad penal que le corresponde a Christian Salazar por el evento por el que fuera enjuiciado, los cuales fueron correctamente ponderados por el Tribunal de Juicio y que permiten concluir con certeza el punto, dando sustento suficiente al pronunciamiento de condena impuesto.

En síntesis, habré de aplicar idéntico criterio al postulado por el Procurador General de la Nación en su dictamen de causa "A. 935. XLI", caratulada "Alfonso, David Abraham s/ causa Nº 4558" que fuera citada por el colega cuyo voto abre este acuerdo, cuyos fundamentos y conclusiones fueron compartidos por la mayoría de la Corte Federal (cfr. CSJN, causa cit., con fecha 25 de septiembre de 2007; téngase en cuenta que este pronunciamiento es posterior a "Benítez", lo que permite determinar que la postura asumida en "Alfonso" no se contrapone a la doctrina sentada en Fallos: 329:5556); dejando aclarado que en el presente la revisión no se circunscribe al supuesto de arbitrariedad de sentencias, sino al examen propio de un recurso que tiene como fin el aseguramiento de las garantías contempladas en los arts. 8, inc. 2º, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de conformidad a las bases establecidas por la Corte Federal en el precedente "Casal"

Ella es el acta de procedimiento y los testimonios de los uniformados que intervinieron en la misma, quienes aludieron en el debate una mecánica compatible con un evento encuadrable en las previsiones del robo calificado del art. 166 inc 2º primera parte del CP, siendo que además la víctima les refirió cómo había sido la mecánica que las víctimas de los hechos lo cual quedó documentado en el acta de referencia cuyo ingreso al debate no fuera cuestionado. Por tanto, la reconstrucción de los sucesos, más allá de alguna diferencia que puede ser de matices y no de relevancia o centralidad, aparece nítida aún prescindiendo -reitero- del testimonio de la víctima Delgado.

Considero que parcializar el análisis de las manifestaciones de los policías que declararan en el juicio y del contenido del acta de procedimiento para sostener una reconstrucción de los hechos en forma distinta a la desarrollada por la acusación resulta tomar por ciertas una porción de esas pruebas y descartar sin razón aparente otras, máxime teniendo en cuenta una

dinámica propia de los acontecimientos.

Es por ello que considero que por estas razones el decisorio sometido a escrutinio debe ser homologado.

Así lo voto.

A la **primera cuestión** planteada, el Juez **Carral** dijo:

No se encuentra controvertido, por mis distinguidos colegas, el alcance de la regla “*Benítez*”, de nuestra Corte Federal, que concentra la protección del derecho a confrontar los testigos de cargo, criterio que por otra parte vengo sosteniendo desde el año 2009, en épocas que se sentara como doctrina de la Sala Tercera que por entonces integrara (Vgr. causa n° 12.911 “*Eguia Yanina Victoria s/ Recurso de Casación*”, n° 56.034, caratulada “*Rocha, Sergio Alberto s/ Recurso de Casación*”, n° 56.041 caratulada “*Pérez, Jorge Martín s/ Recurso de Casación*”, n° 56.042 caratulada “*Piatti Darío Fernando y Puig Ramiro s/ Recurso de Casación*”, y n° 56.043 caratulada “*Lomanto Juan Julio, Valente Nélide Noemí y Bono Ángel Luis s/ Recurso de Casación*”, entre muchas otras). En consecuencia, no hay discrepancias sobre la exclusión de la testifical ilegítimamente valorada en el veredicto, como corolario de una incorporación que se encontraba constitucionalmente vedada.

Dicho esto, la discrepancia en los votos precedentes surge de la ponderación que el voto del doctor Kohan efectúa de otros elementos probatorios para validar entonces el veredicto condenatorio y el alcance de la significación jurídica asignada, especialmente en lo que hace a la corroboración del tipo agravado, sobre la base de las constancias del acta ingresada por su lectura al debate que, según se señala, no fue controvertida por las partes.

No obstante, el voto del doctor Bouchoux señala con acierto el verdadero alcance de aquello mencionado en el acta, dado que los intervinientes en la misma, por su carácter de preventores, brindaron su versión de los hechos narrando extremos fácticos desde los que no es posible inferir que el elemento “llave” fuera utilizado del modo en que la acusación pretendió por corroborado.

En consecuencia, por compartir los argumentos del voto del doctor Bouchoux, adhiero a su voto y coincidiendo con la propuesta de asunción de competencia positiva y la determinación de la pena finalmente fijada, me pronuncio en idéntico sentido, y a esta cuestión **VOTO**

PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.

A la **segunda cuestión** planteada, el Juez **Bouchoux**, dijo:

De conformidad con el resultado que arroja la cuestión precedente, corresponde, por mayoría: 1) hacer lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N°2 del Departamento Judicial Avellaneda Lanús, en la causa N°1050/2 y casar parcialmente el fallo atacado por haber aplicado erróneamente los artículos 211 y 366 párrafo sexto del CPP y 2) recalificar el hecho como constitutivo del delito de robo simple en grado de tentativa y, en consideración a ello y a la pauta agravante ponderada, fijar la pena que corresponde imponer a Christian Gabriel Zalazar en tres años de prisión, accesorias legales y costas, más su declaración de reincidencia. Sin costas en esta instancia (arts. 8.2.f.; CADH; 14.3.e., PIDCP; 18, y 75 inc. 22, Cons. nac.; 42 y 164, Cód. Penal; 1 106, 210, 211, 366 sexto párrf.; 373, 448, 530 y concs., CPP).

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez **Kohan** dijo:

Adhiero al voto del Juez Bouchoux en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez **Carral** dijo:

Adhiero al voto del Juez Bouchoux en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que se terminó el Acuerdo, dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Vista la forma como ha quedado resuelta las cuestiones planteadas en el Acuerdo que antecede, la Sala V del Tribunal, por mayoría

RESUELVE

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N°2 del Departamento Judicial Avellaneda Lanús, en la causa N°1050/2 y **casar parcialmente** el fallo atacado por haber aplicado erróneamente los artículos 211 y 366 párrafo sexto del CPP.

II. RECALIFICAR el hecho como constitutivo del delito de robo simple en grado de tentativa y, en consideración a ello y a la pauta agravante ponderada, fijar la pena que corresponde imponer a Christian Gabriel Zalazar en tres años de prisión, accesorias legales y costas, más su declaración de reincidencia. Sin costas en esta instancia (arts. 8.2.f.; CADH; 14.3.e., PIDCP; 18, y 75 inc. 22, Cons. nac.; 42 y 164, Cód. Penal; 1 106, 210, 211, 366 sexto párrf.; 373, 448, 530 y concs., CPP).

Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

Ante mi.-

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 25/09/2025 10:54:19 - KOHAN Mario Eduardo - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/09/2025 10:56:01 - CARRAL Daniel Alfredo - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/09/2025 12:17:24 - BOUCHOUX Manuel Alberto - JUEZ

Funcionario Firmante: 25/09/2025 12:28:57 - ESPADA Maria Andrea - SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

%80"/*#v;MIŠ

241602151003862745

TRIBUNAL DE CASACION PENAL SALA V - LA PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 25/09/2025 12:41:25 hs. bajo el número RS-1165-2025 por ESPADA MARIA ANDREA.

