



Causa n° 59421, Caratulada "M.F.A.

PROVINCIA DE BUENOS AIRES  
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

S/ RECURSO DE CASACION"

### ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala I del Tribunal de Casación Penal (Cf. Rc. N° 1805 de la S.C.J.B.A.), el 14 de Febrero de dos mil catorce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Daniel Carral y Benjamín Ramón Sal Llangués (art. 451 del C.P.P.), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de resolver la causa N° 59.421 caratulada "M. F. A. s/ recurso de casación", conforme al siguiente orden de votación: SAL LLARGUES- CARRAL.-

### ANTECEDENTES

I-La Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Lomas de Zamora condenó a F. A. M. a la pena de nueve años de prisión, accesorias legales y costas por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de Homicidio en ocasión de robo (fs. 12/27).-

II- Contra ese fallo el Sr. Defensor particular de M., Dr. I. C. interpuso recurso de casación (fs. 33/42), agraviándose por los siguientes puntos:

a-Trasgresión de los arts. 233 bis del CPP, 8.2.f de la CADH, 14.e del PIDCIP, 18 y 75 inc. 22 CN.-

Centra su ataque en lo que considera la imposibilidad de fundar una sentencia condenatoria en base a una declaración testimonial recibida durante la IPP bajo la modalidad de identidad reservada.-

Señala que el art. 233 bis del CPP no distingue si ese elemento de prueba ha sido incorporado por lectura al debate con o sin la oposición de la Defensa y pone énfasis en que la norma indica que la

declaración del testigo de identidad reservada prestada durante la IPP no podrá ser utilizada para fundar la condena si el mismo no concurriese voluntariamente al debate oral.-

Indica que la testigo de identidad reservada no quiso comparecer al debate, pese a que se hallaba debidamente notificada y que se ordenó su comparecencia a través de la fuerza pública.-

Agrega que ya al inicio del debate era conocida la voluntad de la testigo de no concurrir al debate.-

Sostiene que se vio obligado a levantar la primigenia oposición a la incorporación por lectura dado que advirtió que se habían realizado todos los esfuerzos para dar con la testigo, pero que ello no implica que pierda aplicación lo previsto en el art. 233 bis del CPP.-

Más aún, postula que el supuesto encuadra justamente en la norma recién mencionada.-

Insiste en que al momento de levantar la oposición a la incorporación por lectura del testimonio brindado bajo identidad reservada, aclaró expresamente que ese relato carecía de entidad probatoria porque no pudo ser controlado ni confrontado por la defensa de M.-

Aclara que renunciar a la oposición no implica hacerlo respecto del derecho del imputado a interrogar y confrontar al testigo de cargo.-

Cita jurisprudencia en su favor.-

b- Trasgresión de los arts. 106, 210 y 373 del CPP y al principio constitucional de inocencia y su correlato “in dubio pro reo”.-

Postula que descartada la valoración realizada del testimonio aludido en el punto anterior, no existen otros elementos de prueba que vinculen a M. con el hecho juzgado, y que en el peor de los casos del material probatorio evaluado surge una duda razonable acerca de su autoría.-

Realiza una reseña teórica –con citas de doctrina y jurisprudencia en su favor- acerca del principio “in dubio pro reo”.-

Destaca la inexistencia de testigos presenciales que hayan visto a M. formar parte de la dupla que ultimó a la víctima.-

Critica que se haya utilizado para acreditar la participación de M. en la muerte de B. la circunstancia de haberse encontrado en su poder –a más de dos años de ocurrido el hecho- el arma homicida.-

También cuestiona que uno de los proyectiles periciados sea el que se extrajo del cuerpo de la víctima y para ello hace hincapié en el número de estrías que presentan los proyectiles que se señalan como extraídos del cuerpo de B.-

Finalmente impugna el testimonio de C. G. –a pesar de haberle restado valor probatorio por tratarse de la testigo de identidad reservada- por tratarse de un testigo de oídas ya que la misma no presenció el acontecer del hecho juzgado.-

Afirma que la testigo se limitó a mencionar lo que supuestamente escuchó de la víctima y que su relato se encuentra inundado de falsedades.-

Sobre este último punto indica lo siguiente:

1-Sostuvo que vio al imputado guardar la moto sustraída en la vivienda de un vecino llamado “R.”, resultando que este último en el juicio la desmintió categóricamente.-

2-Dijo haber escuchado del imputado que en el hecho participaron cuatro personas, cuando durante todo el proceso sólo se pudo establecer la presencia de dos sujetos agresores.-

3-Relató las circunstancias en que el vehículo robado fue vendido por M., cuando esa circunstancia no se pudo probar de ninguna forma.-

4-Contó haber visto a quien también fuera vinculado al presente hecho –A. F.- en la casa de M. los días posteriores al suceso, siendo que la participación del primero quedó descartada a lo largo del proceso.-

También embate contra los testimonios de S. y G. dado que los mismos se limitan a reproducir lo que escucharon de parte de la testigo de identidad reservada.-

Concluye que el a quo valoró en forma absurda y arbitraria las pruebas con las que basaron la participación de su defendido.-

c-Trasgresión de los arts. 40 y 41 del CP.-

Se queja porque se descartaron circunstancias agravantes y se receptaron atenuantes y pese a ello se aplicó casi el máximo de la escala penal –reducida por la condición de menor- prevista para el delito imputado.-

Propone –en subsidio- que se aplique el mínimo correspondiente a la figura penal atribuida.-

Explicita su pretensión y hace reserva del caso federal.-

III- Radicada la impugnación en la Sala, se notifica a las partes; manteniendo el recurso la Defensa y postulando su rechazo la Fiscalía (fs. 57/61).-

IV- El Tribunal se encuentra en condiciones de resolver, por lo que se plantean y votan las siguientes

#### CUESTIONES:

Primera: ¿Es procedente el recurso interpuesto?.-

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el señor juez doctor Sal Llangués expresó:

Superado los escollos relacionados con la admisibilidad del presente recurso, me concentraré en su procedencia.-

Previo a ello trascribiré la materialidad ilícita elaborada por los jueces de grado:

“...que el 31 de mayo de 2006 siendo aproximadamente las 20:45 hs. en la calle G. y C. de la localidad de R. C. partido de A. B., al menos dos hombres intimidas a J. J. B. y en la ocasión

del desapoderamiento ilegítimo de su motocicleta marca Gilera modelo Smash, uno de ellos le efectúa por lo menos un disparo que provocó su posterior óbito. Inmediatamente ambos fogan con el motovehículo".-

Adelanto que la postura de la Defensa prosperará en forma parcial por los motivos que paso a desarrollar.-

En primer lugar acompaña a la Defensa en cuanto la imposibilidad de valorar como elemento convictivo la declaración testimonial realizada bajo reserva de identidad, cuando la persona no quiere comparecer al debate.-

Como consideración previa destaco que es doctrina de esta Sala, siguiendo la línea jurisprudencial postulada por la Suprema Corte de Justicia en el precedente "Benítez" (Fallos 329:5556), que no debe tenerse en cuenta un testimonio aportado durante la investigación penal preparatoria –sin el control de la Defensa- y que luego es incorporado por lectura al debate con oposición expresa de quien tutela los intereses del procesado.-

Sobre el punto adherí al desarrollo que hiciera el Dr. Carral en la causa 56034 –registro 283 del 16/05/2013- radicada en la actual Sala I de este Tribunal.-

En honor a la brevedad no reproduciré los argumentos de mi colega pero si destaco como eje central la vulneración del derecho de defensa al incorporar por lectura un testimonio que no pudo ser controlado ni confrontado por la defensa ni por el imputado.-

Ahora bien, no se me escapa que la controversia aquí traída presenta otras aristas: no sólo no se trata de un simple testimonio sino que el mismo se realizó bajo reserva de identidad y por otro lado la parte prestó conformidad a que se incorpore por lectura.-

Por lo tanto corresponde pronunciarse sobre el alcance de la prohibición del art. 233 bis del CPP y de la relevancia de la aceptación de la Defensa para que esa pieza se incorpore por lectura.-

Previo a ello es prudente señalar que el último párrafo del art. 233 bis del CPP establece lo siguiente:

“Si el testigo no concurriere voluntariamente al debate oral, la declaración recibida bajo reserva de identidad en la investigación penal preparatoria, no podrá ser utilizada como medio de prueba para fundar la condena del imputado. En ningún caso podrá ser por si sola fundamento para la privación cautelar de la libertad personal”.-

Precisamente el caso particular se subsume en la norma trascrita toda vez que la testigo dio muestras claras de su intención de no comparecer al debate, situación que se vio corroborada por la información suministrada por el preventor S. conforme el acta de procedimiento de fs. 6.-

Trascrita la norma y contextualizado el supuesto de hecho, debo analizar la relevancia jurídica del caso, resultando que no encuentro en ese marco legal ningún tipo de distinción que se relacione con la estrategia de las partes en cuanto la conformidad u oposición a que esa declaración testimonial se incorpore por lectura.-

Con otras palabras, resulta irrelevante si las partes se oponen o no a que dicho testimonio ingrese en forma escrituraria al debate porque la limitación en cuanto la valoración de ese medio de prueba se encuentra dirigida en forma exclusiva al órgano jurisdiccional, porque éste último es a quien le corresponde fundar una condena.-

Por otro lado, mi interpretación de la norma parte del principio de resistencia semántica, el cual me indica que si la norma no distingue tampoco debe hacerlo el juzgador.-

Mejor dicho, si el legislador hubiese tenido la intención de flexibilizar el principio de exclusión probatoria que ahora nos ocupa mediante la disposición de las partes interesadas lo habría hecho expresamente y no guardado silencio como en definitiva sucedió en vistas a la redacción final de la norma.-

Además nutren mi postura los saludables principios de “favor rei” e interpretación restrictiva positivizados en los arts. 1 y 3 del CPP.-

Pero además, entiendo que los jueces de grado le han otorgado mayor amplitud a la conformidad prestada por la defensa.-

Me explico, del acta de debate surge que al momento de levantar la oposición a la incorporación por lectura la defensa aclaró sus motivos y dejó a salvo su postura en cuanto al valor probatorio – que desde mi punto de vista es ninguno- que se le podía otorgar al testimonio obtenido durante la investigación penal bajo reserva de identidad.-

En conclusión, la defensa nunca pudo controlar los dichos de C. G. –circunstancia que se desprende de la lectura del expediente principal que tengo ante mi vista-, la testigo no quiso comparecer al debate, la regla del art. 233 bis del CPP no realiza distinciones acerca de si hay conformidad o no de las partes, resultado: el testimonio no debió valorarse y no lo hará el suscripto en esta etapa.-

Sin perjuicio de ello, advierto que el resto del material probatorio posee entidad para fundar un pronunciamiento condenatorio.-

El hecho de haber encontrado a M. en poder del arma utilizada para ultimar a J. J. B. es la piedra basal de la elaboración que realizan los jueces de grado, con quienes concuerdo.-

Sobre el punto, el agudo planteo que en esta etapa reedita la Defensa en cuanto la identidad del proyectil extraído del cuerpo de la víctima y el periciado posteriormente, desde mi punto de vista ya fue suficientemente contestado por el a quo.-

De este modo debo señalar que el éxito en materia casatoria radica en demostrar que el a quo ha valorado en forma absurda o arbitraria la prueba recibida, que inobservó o aplicó en forma errónea preceptos legales o que incurrió en graves defectos en el proceso o en el quiebre de formas esenciales del procedimiento o la resolución.-

Nada de esto ocurre cuando sólo se limita –como en este caso- a insistir con una postura divergente a la expresada en la sentencia pero sin hacerse cargo de los argumentos allí expuestos.-

Por otro lado, de la explicación brindada por el perito H. y consignada por los jueces de grado en el veredicto –a la que me remito-, no me cabe ninguna duda que el proyectil que impactara sobre B. fue disparado por el arma que mucho tiempo después fuera hallada en poder de M.-

Claro que afirmar que un proyectil fue lanzado por un determinado revólver no implica sostener que el portador de esa arma sea quien efectuara el disparo, ello mucho más cuando desde el día del hecho hasta el secuestro del arma ha pasado un tiempo prolongado.-

Pero lamentablemente para los intereses de la Defensa existen otros elementos que permiten dar por cierto que no sólo el arma que fuera encontrada en poder de M. fue la utilizada para matar a B., sino también que el autor de los disparos fue el primero de los nombrados.-

Me refiero a los testigos de oídas o de referencia que escucharon de parte de la testigo de identidad reservada la vinculación del hasta hoy procesado con el hecho imputado.-

Tanto los policías H. C. G. como P. S. declararon durante la audiencia de debate y manifestaron que C. G. dijo que el imputado se atribuía el homicidio.-

Estos testigos recrearon las circunstancias en que tomaron conocimiento de los dichos de quien en última instancia no quiso comparecer al debate, y además resultaron creíbles y confiables por parte de los jueces que tuvieron la posibilidad de percibir el relato en forma directa.-

Así las cosas, existen dos testigos de oídas que indican a M. como el autor del hecho, además en poder del nombrado se encuentra el arma homicida, en definitiva ningún espacio cabe para la duda respecto de la participación del aquí imputado.-

Por lo demás, cobra vital importancia el tiempo transcurrido entre el hecho y la sujeción del imputado a esta causa por la sencilla razón que a raíz de la investigación efectuada los aportes de los testigos S. y G. no vinculan el arma secuestrada con cualquier homicidio

pendiente de resolución, sino que específicamente con ese en el cual resultó víctima B.-

Lo expresado surge del fallo -y a mi criterio con razón- toda vez que de esa manera también se le contesta a la Defensa convalidando los dichos de los testigos que en definitiva no pudieron ser impugnados mediante la vía recursiva aquí tratada.-

La prueba testimonial que hace referencia a los dichos de G. es legítima y válida y en el caso concreto posee entidad para reforzar todo el marco probatorio ya individualizado..-

Insisto, no se trata de hacer ingresar al debate un testimonio que no pudo ser valorado por imperio del art. 233 bis del CPP, sino simplemente valorar el peso de cada uno de los elementos de prueba tanto en forma individual como en su conjunto.-

En cambio si estoy de acuerdo con la Defensa en relación al juicio de determinación judicial de la pena; soy de la opinión que ante la ausencia de agravantes y la ponderación de atenuantes se debe ingresar a la escala penal por el mínimo dado que no encuentro razones para alejarse de ese piso.-

Entre varias de las razones que tengo para fundamentar mi postura destaco el respeto a los principios de humanidad de la pena y de mínima intervención penal que deben guiar la aplicación de una sanción concreta.-

Por lo tanto considero un exceso punitivo apartarme del mínimo de la escala penal prevista en el art. 165 del CP con la reducción correspondiente a lo dispuesto en el art. 4to. de la ley 22.278.-

En consecuencia, a la primera cuestión –con ese alcance- VOTO POR LA AFIRMATIVA.-

A la misma primera cuestión, el señor juez doctor Carral dijo:

Adhiero al voto del Dr. Sal Llangués, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Con ese alcance voto por la afirmativa.-

A la segunda cuestión, el señor juez doctor Sal Llangués dijo:

En atención al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, corresponde casar parcialmente el fallo impugnado en cuanto el juicio de determinación judicial de la pena y readecuar la sanción impuesta a F. A. M. en cinco años de prisión, dejando intacto el resto de lo resuelto por la Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Lomas de Zamora, sin costas en esta instancia –por haber tenido razones plausibles para recurrir y teniendo presente la reserva del caso federal.-

(artículos 40, 41 y 165 del CP; arts. 1, 2, 3, 106, 209, 210, 211, 233 bis, 371, 435, 448, 450, 451, 454, 460, 530 y 531 del CPP; art. 4to. ley 22.278; art. 14 de la ley 48; ley 8904).-

ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión, el señor juez doctor Carral dijo:

Adhiero al voto del Dr. Sal Llangués, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

ASI LO VOTO.-

Por lo que no siendo para más se dio por terminado el Acuerdo dictando el Tribunal la siguiente

SENTENCIA

I-Casar parcialmente el fallo impugnado en cuanto el juicio de determinación judicial de la pena y readecuar la sanción impuesta a F. A. M. en cinco años de prisión.-

I-Dejar intacto el resto de lo resuelto por la Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Lomas de Zamora, sin costas en esta instancia.-

III- Tener presente la reserva del caso federal.-

Rigen los artículos 40, 41 y 165 del CP; arts. 1, 2, 3, 106, 209, 210, 211, 233 bis, 371, 435, 448, 450, 451, 454, 460, 530 y 531 del CPP; art. 4to. ley 22.278; art. 14 de la ley 48; ley 8904.-

IV- Regístrese, notifíquese, líbrese oficio a la Sala II de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Lomas de Zamora para comunicar lo aquí resuelto y oportunamente remítase a la Mesa Única General de Entradas del Tribunal para su envío al Tribunal de origen.-

**FDO.: BENJAMIN RAMON SAL LLARGUES – DANIEL CARRAL**

**Ante mí: Jorge Andrés Alvarez**