

Suprema Corte:

-I-

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal no hizo lugar al recurso de casación formulado por la defensa oficial de David Abraham Alfonso, contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 20 que lo condenó a la pena de cuatro años y seis meses de prisión y costas, al considerarlo autor penalmente responsable de tentativa de robo agravado por el uso de arma, en concurso real con tenencia ilegítima de arma de guerra; y a la pena única de cuatro años y nueve meses de prisión y accesorias legales, comprensiva de la anterior y de la pena de seis meses de prisión impuesta por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 10.

Contra esa decisión se dedujo recurso extraordinario federal, que declarado inadmisibile dio lugar a la presente queja, interpuesta *in forma pauperis* por el imputado y fundada técnicamente por la señora Defensora General.

-II-

1. En lo que aquí interesa, lo planteado ante la casación giró en torno a tres cuestiones, que pueden resumirse así:

a) Nulidad de la incorporación por lectura al debate de testimonios brindados en la policía, dos de los cuales fueron ratificados ante la justicia de instrucción. Con cita de la doctrina surgida de los precedentes “Abasto” y “Almada” de la Sala I de esa Cámara, la defensa sostuvo que no pudo ejercer un control efectivo y útil sobre la producción de esa prueba -calificada de dirimente y sustancial-, en tanto fue recibida antes de que se constituyera en el proceso y el imputado prestara indagatoria.

b) Imposibilidad de escuchar e interrogar a los testigos de cargo. Según la recurrente, la restricción a este derecho estuvo dada tanto por la incomparecencia de los testigos cuyas declaraciones fueron incorporadas con oposición de esa parte, y sin que el tribunal fundamentara esa disposición, como por la decisión de los jueces de retirar a Alfonso de la sala de audiencias en

ocasión de declarar Ramón Sebastián Cruz, único testigo presencial del hecho que concurrió al juicio.

c) Arbitrariedad en la fundamentación de la pena. Más allá de alegar apreciación genérica de las pautas contenidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, la impugnante adujo que se omitió efectuar un análisis pormenorizado de los criterios de atenuación y agravación considerados para cuantificar la sanción.

2. Rechazados esos planteos, la defensa sostuvo en el recurso extraordinario que la cámara convalidó la obtención e incorporación de prueba a través de medios violatorios de garantías constitucionales (artículos 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Sustentó esta afirmación en la ausencia de notificación de las audiencias de recepción de las testimoniales durante la instrucción. Y agregó que si bien en el debate el testigo Cruz se sometió a preguntas de esa parte, ello no es suficiente para erigirse en prueba autónoma que permita avanzar hacia la incriminación de Alfonso.

La casación no concedió ese recurso por ausencia de materia federal, al entender que los agravios propuestos encontraron respuesta en esa instancia, con apoyo en el derecho común y procesal; y que si bien se alegó arbitrariedad, esta tacha no fue debidamente demostrada, en tanto se omitieron rebatir acabadamente los razonamientos que integran la resolución impugnada.

3. Siguiendo la línea de agravios postulada, la Defensora sostiene en la queja el desconocimiento de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, al impedirse el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos, citando, al respecto, precedentes del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Alega que el agravio constitucional presentado fue reconducido a una mera cuestión de índole procesal, predicándose la legitimidad de las declaraciones incorporadas por lectura sobre la base de una genérica y no explicada fórmula de poseer un “valor meramente indiciario”, criterio que, según entiende, deja abierta una puerta a cualquier arbitrariedad.

Reitera que el retiro del imputado de la sala de audiencias, sin que se le hubiere garantizado la posibilidad de escuchar el testimonio de Cruz y dirigirle preguntas, vulneró el derecho de controlar esa prueba.

En suma, solicita la invalidación del pronunciamiento porque ambas fuentes de conocimiento -testimonios prestados ante la policía y declaración de Cruz en el debate- reconocerían vicios insalvables.

Remitiéndose a las anteriores impugnaciones, insiste con la arbitrariedad en la fundamentación de la pena, por doble valoración de la violencia y violación del principio *ne bis in idem*, a lo que suma la falta de evaluación, como atenuantes, de factores personales, sociales y de salud desfavorables del imputado.

-III-

En mi opinión, la queja resulta improcedente.

1. La ausencia de notificación de las audiencias para recibir la ratificación de las testimoniales de Ramón Fernando Méndez y Ramón Sebastián Cruz -recién alegada en el extraordinario federal- no afectaría, en principio, los derechos de defensa e interrogación de testigos, en tanto de la causa no surge que esa parte hubiere petitionado presenciar los actos de la instrucción (artículos 202 y 203 del Código Procesal Penal), ni se trató de prueba definitiva o irreproducible que hubiere requerido su previa comunicación (artículos 200 y 201 *ibídem*).

A mayor abundamiento, diré que si bien para ese entonces el imputado estaba prófugo, lo cierto es que el pedido de captura ya se había notificado a la defensa oficial (fs. 67); a lo cual cabe añadir, por otro lado, que la contumacia no impide, en la etapa de instrucción, la continuación del proceso (artículo 290 del Código Procesal Penal).

Por lo demás, uno de estos testigos declaró en el debate, y lo hizo en forma coincidente con el que no concurrió al juicio.

2. En otro orden de cosas, cuadra señalar que si bien al deducir el recurso de casación se dijo que el retiro provisorio del imputado de la sala de

juicios importó menoscabar su derecho de hacer preguntas a los testigos presentes, éste agravio no fue mantenido en la vía federal.

Sin perjuicio de ello, efectuaré algunas consideraciones:

Del derecho constitucional a presenciar el debate, a ser oído y a oír a los testigos de cargo, se deriva el principio de contradicción que permite al imputado discutir o confrontar la prueba que lo incrimina. Pero de ello no se sigue que su alejamiento momentáneo de la sala de audiencias -una vez identificado y debidamente intimado- cercene el ejercicio de ese derecho en circunstancias que responden -como sucedió aquí- a la incoercibilidad moral de la víctima que es llamada a testificar, y en cuya protección se aplicaron las previsiones de los artículos 79 y 80 del Código Procesal Penal (fs. 446).

A lo dicho, pueden agregarse otras razones:

a) El derecho que confiere el principio de discusión y debate quedó debidamente salvaguardado con la presencia del defensor, quien durante la breve ausencia de Alfonso pudo supervisar la deposición de Cruz en el juicio, tal como fue señalado por la misma defensa al interponer el recurso extraordinario (fs. 546); quedando también a resguardo el control con la oportunidad de diálogo ulterior del imputado con su asistencia técnica.

b) Ninguna oposición hubo respecto de otros testimonios que conformaron el conjunto de pruebas que sirvió de base a la condena. Me refiero a las declaraciones de los policías Gómez y Pereira en presencia del imputado y su defensa, exponiendo Pereira las versiones de las víctimas recabadas al momento de detener a Alfonso a pocas cuadras del lugar donde ocurrió el hecho (fs. 445 vta./446 del acta de debate y fs. 452/453 de la sentencia).

Desde esa perspectiva, dadas las condiciones apuntadas, no se advierte restricción al derecho de interrogar a los testigos.

3. Por último, en lo que concierne a la arbitrariedad en la graduación del monto de la pena, el punto ya fue respondido por la mayoría de la Sala IV de la Cámara de Casación, al considerar -más allá de su acierto o error- que los fundamentos del tribunal oral daban suficiente sustento a la cuestión.

Los planteos desarrollados por la defensa tanto en el recurso federal como en la queja, basados en la doble valoración de la violencia y el *ne bis in idem*, reproducen los argumentos que, en minoría, dio el juez Mitchell en este tema.

De tal forma, se dejó sin rebatir el criterio de los restantes magistrados que entendieron bien valorados la violencia ejercida por Alfonso al usar el revólver como arma impropia, porque constituye un plus del elemento objetivo propio de la figura; y el aprovechamiento de la nocturnidad, porque se trata de una circunstancia de tiempo, modo y ocasión de ejecución de la acción, que puede jugar de manera desfavorable dentro de los límites típicos y racionales de la escala penal.

-IV-

En cuanto al agravio fundado en la interpretación arbitraria de las disposiciones del artículo 391 del Código Procesal Penal, y vinculado con la incorporación de declaraciones testimoniales no judiciales, diré lo siguiente:

Luego de discrepar con el mérito dado en el fallo a la incorporación por lectura de testimonios vertidos sólo ante la prevención, el magistrado que lideró el acuerdo de la casación sobre este punto sostuvo, sin embargo, que ello no implica su total descalificación, pues, a su criterio, aquellos mantienen valor indiciario, y unidos al restante plexo cargoso, bien ponderado por los jueces, conforman los requisitos lógicos de un juicio de reproche.

Tal valoración asignó a las declaraciones de José Ignacio Romero (conductor del taxi asaltado), Telmo Teodoro Torres, Néstor Omar Pérez (pasajeros), Alberto Antonio Rodríguez y Carlos Alberto Alvez (ambos testigos de la detención), prestadas en sede policial (fs. 12, 8, 11, 6 y 7, respectivamente) e incorporadas al debate por su lectura.

A renglón seguido, dijo que para condenar a Alfonso no sólo se meritaban esos testimonios, sino además las deposiciones de los restantes testigos de cargo, entre ellas, las del preventor Sergio F. Gómez y de Ramón Sebastián Cruz, resaltando lo expresado por éste en la audiencia de debate, en cuanto a que ... “ese sábado por la noche circulaba en un vehículo de alquiler junto a cinco

amigos y, en oportunidad en que el rodado se detuvo en el semáforo, frente al parque Lezama, se asomó un muchacho exhibiendo un arma, le pidió dinero al taxista y éste le dio siete pesos ...” Asimismo, “que ... le pegó un culatazo en la cabeza a Chicho ..., a uno de sus compañeros le sacó el reloj y se alejó cruzando la Avda. Almirante Brown”.

Destacó que Cruz también declaró en sede judicial (fs. 87), oportunidad en la que ratificó sus testimonios brindados en la policía (fs. 9 y 42) y, al igual que Méndez (fs. 88), reconoció al imputado como autor material del hecho.

Sobre la base de lo expuesto, concluyó en que las normas de carácter constitucional invocadas por la defensa encuentran complemento en las leyes que reglamentan su ejercicio, en el caso, el citado artículo 391, inciso 3º, que no fue atacado de inconstitucional.

Según mi parecer, no estamos frente al supuesto contemplado en el artículo 391 del Código Procesal Penal, pues éste requiere, tanto para la prohibición como para las excepciones en él previstas, que la prueba a incorporar en el debate sea aquella recibida durante la *instrucción*. El resguardo a las garantías invocadas orienta a que la exégesis de ese artículo sea efectuada con alcance restrictivo y no lato del término *instrucción*, entendiéndose como tal a la investigación preparatoria desarrollada en sede *judicial*.

En ese sentido, el precepto autoriza, bajo conminación de nulidad y para determinadas hipótesis (incisos 1º a 4º), la oralización de las testificales recibidas por el juez o las producidas en la prevención pero ratificadas judicialmente (cf. Núñez, Ricardo C., “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado y Anotado”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1986, p. 356).

De ahí que no sea válida la incorporación por simple lectura de declaraciones prestadas sólo ante la policía, aun cuando -como sucede en el *sub judice*- concurra alguno de los impedimentos del 391 para obtener el comparendo del testigo.

En consecuencia, los dichos incorporados al margen de esa norma no pueden integrar, ni siquiera con valor de indicios, el conjunto de elementos

Alfonso, David Abraham s/ causa n° 4548

S.C.A. 935, L.XLI

de juicio eficaces para sustentar una incriminación positiva, en tanto ésta debe fundarse, por máxima, en pruebas introducidas al plenario de modo regular.

Ahora bien, no obstante mi desacuerdo con el criterio seguido por la casación, considero que en el caso particular esta errónea valoración no basta para sostener la arbitrariedad de la sentencia pues, tal como se desprende del pronunciamiento del *a quo*, subsisten otras pruebas, bien evaluadas por el tribunal oral, conforme se analizó precedentemente, que resultaron suficientes para condenar al imputado Alfonso.

-V-

Por lo expuesto, soy de la opinión que V.E. puede rechazar el recurso directo en todo cuanto ha sido materia de agravio.

Buenos Aires, 7 de agosto de 2006.

ES COPIA

LUIS SANTIAGO GONZALEZ WARCALDE