

COMENTARIO AL FALLO: “Alegre Florentín, Lucía Fátima s/ recurso de casación” Causa N° 14.813 –Sala II – C.F.C.P

Carla Cerliani¹

EL CASO

El Tribunal Oral en lo Criminal nro. 10 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó una sentencia condenatoria el día 25 de agosto de 2011, contra Lucía Fátima Alegre Florentín por considerarla co-autora penalmente responsable del delito de robo en poblado y en banda e impuso una pena de tres años de prisión en suspenso y el pago de las costas.

La defensa interpuso un recurso de casación, fundamentándolo en que la sentencia se basa esencialmente en dichos de terceras personas que no presenciaron el hecho del que fue acusada. Sostuvo que ello implica una lesión al derecho de defensa en juicio y al debido proceso.

El Tribunal Oral había dado por acreditados los hechos de la acusación sobre la base de las declaraciones del personal policial que intervino en la investigación (Ramón Francisco Valdez y Marcelo Salazar Tobar); el testimonio del agente que ofició de intérprete durante la declaración del damnificado (Julio César Verani) y los dichos de los testigos de actuación María Cervi y Ezequiel Vidable.

Todas estas personas son testigos de oídas, en el sentido que no presenciaron el hecho sobre el que declararon y que fue motivo de juzgamiento.

La víctima del hecho, Ricky Clifford Olson (turista de paso por Buenos Aires) y el testigo presencial Carlos Rubén Silva (paseador de perros) no concurrieron al debate a declarar, ya que el primero abandonó el país y el segundo no pudo ser ubicado.

Los hechos que se dieron por acreditados son los siguientes: el día 8 de marzo de 2011, aproximadamente a las 13 hs., Lucía Fátima Alegre Florentín, de común acuerdo con dos hombres, sustrajo un teléfono celular “Apple

¹ Abogada. Docente de Derecho Penal, Parte General en la Universidad Nacional de Rosario y en la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (Rosario). Colaboradora del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales INECIP: Proyecto Abrepuestas <http://abrepuestas.inecip.org/>

lphone” perteneciente a Ricky Clifford Olson, para lo cual se acercó con uno de sus consortes hacia el turista norteamericano que se encontraba en la plaza ubicada en la intersección de la avenida del Libertador y Agote, aguardando que comenzara un tour por la ciudad. En tales circunstancias, la víctima sintió que algo había caído sobre sus ropas, al tiempo que los citados le decían varias veces ‘birdshit’-en español, excremento de pájaro- y, previo mostrarle que tenían pañuelos de papel, lo llevaron hasta una fuente de agua para ayudar a limpiarlo, para lo cual la mujer le quitó rápidamente la camisa que vestía y tomó su teléfono, aunque la víctima reaccionó, lo recuperó y guardó en un bolsillo de su bermuda con cierre.

Entonces, Olson se puso su camisa, pero la pareja le hizo saber que también tenía manchada la bermuda, por lo que comenzaron a limpiarlo hasta que salieron corriendo hacia un auto que estaba sobre Agote, ocasión en que advirtió que se habían llevado su celular, decidiendo perseguirlos hasta que dio alcance a la imputada pues quien la acompañaba logró subirse al vehículo conducido por otro hombre con el que se dio a la fuga. Luego de cierto forcejeo con la mujer que intentaba escapar y con la ayuda de Carlos Rubén Silva, un paseador de perros que estaba en el lugar y presencié el suceso, retuvo a aquélla hasta el arribo del personal policial que procedió a su formal detención, sin ser hallado el teléfono de la víctima que fuera llevado por los restantes intervinientes.

INTRODUCCIÓN.

En primer lugar me parece importante abordar los principios que inspiran el sistema adversarial, para analizar a la luz de los mismos si en el caso bajo análisis se encuentra alguno de ellos vulnerado.

Un sistema procesal penal acusatorio acorde a nuestra constitución nacional debe respetar los siguientes principios: **publicidad, inmediatez, oralidad, contradicción y concentración.**

En este sistema, el juicio oral y público es la instancia central donde se producen las pruebas que acreditan la culpabilidad de una persona. La investigación penal resulta ser meramente “preparatoria” del juicio.

El tribunal puede dar fundamento a sus resoluciones basado exclusivamente en las proposiciones fácticas que los litigantes logren acreditar

en el marco de un juicio oral y público a partir de la prueba allí producida. El valor de la **inmediación** juega un rol central, desde que solo y exclusivamente la prueba que se produzca ante un tribunal podrá ser tomada en cuenta a los efectos de construir la sentencia. En dicho ámbito, el elemento que tienen las partes (acusación y defensa) para controlar la prueba y controlar su credibilidad son dos herramientas de litigación fundamentales: el examen y el contra-examen.

Tal como enseñan Duce y Baytelman², la principal oportunidad que tiene un abogado para narrar y probar su historia, permitiéndole revivir al tribunal la versión de los hechos de la parte que representa es el examen directo. El principal objetivo del mismo es extraer de un testigo amigable la información que requerimos para construir la historia o el trozo de historia que nos puede proporcionar.

En cambio, la función del contra-examen es garantizar el debido proceso, a través de un ejercicio efectivo de la contradicción. En términos prácticos y concretos, producir prueba con respeto del principio de **contradictoriedad** implica la posibilidad de controlar la calidad de la información que ingresó al debate durante el examen directo, mediante un test de credibilidad. Ello permite a los jueces obtener información más precisa para tomar sus decisiones.

El Dr. Leonardo Moreno Holman, Defensor Regional Metropolitano Norte de Chile explica en su libro "Teoría del caso"³ que el modelo acusatorio de corte adversarial propone un verdadero modelo de construcción de la verdad al interior del proceso penal, que se estructura en torno a la lógica del debate o a la competencia entre versiones o teorías frente a un tercero imparcial que es el tribunal. En la medida que la información que cada litigante ingresa al juicio es objeto de un control horizontal, radicado en su contraparte, mediante las técnicas de examen o contra examen, generando que los datos fácticos que surgen de ese ejercicio de contradicción sean de mejor calidad.

En el caso bajo análisis, el punto central de discusión es la validez de la declaración brindada en juicio por un testigo de oídas o de referencia, es decir,

²Duce, Mauricio y Baytelman, Andres "Litigación penal. Juicio oral y prueba", Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004

³ Moreno Holman, Leonardo, "Teoría del caso", Ediciones Didot, Buenos Aires, 2012

la información que brinda en la audiencia de juicio aquella persona que no ha percibido el hecho por sus sentidos sino por lo que otra persona, que sí lo presenci6, supuestamente le transmiti6.

En este sentido, es precisamente el derecho de concontrinterrogar, o como lo llaman en los sistemas anglosajones el derecho de confrontaci6n y de *cross-examination*, el que impide la introducci6n de prueba indirecta o de referencia (*hearsay*). En un sistema adversarial, prueba es 6nicamente aquella que las partes presentan en el juicio, que permita a la contraparte contraexaminar y en donde se respeten los principios de inmediaci6n, concentraci6n y publicidad.

¿CONSTITUYEN PRUEBA V6LIDA LAS “DECLARACIONES DE O6IDAS”?

Existe un amplio consenso entre los estudiosos del proceso penal, en relaci6n a que los testimonios de o6idas no son prueba v6lida para que los jueces funden en ellos sentencias condenatorias.

El testigo indirecto o de o6idas ha merecido serias reservas en la doctrina europea. En este sentido manifiestas los siguientes autores:

“Se ha negado derechamente que tales testigos puedan ser tomados en cuanta por el tribunal como elementos de convicci6n, se6al6ndose que por s6 sola su declaraci6n no puede desvirtuar la presunci6n de inocencia que asiste a todo acusado”⁴.

*“El testigo de referencia es menos fiable que cualquier otra prueba directa, pues los peligros inherentes a toda declaraci6n testifical, es decir, las deficiencias de percepci6n, memoria, sinceridad y narraci6n, se agravan cuando resulta imposible someter a *cross-examination* -o *concontrinterrogatorio* en terminolog6a espa6ola- al declarante, quien es el autor original de la manifestaci6n f6ctica extrajudicial, cuyo contenido pretende ser probado como verdad, en juicio decisorio, por boca de un tercero”⁵.*

En el mismo sentido encontramos jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las que se sostiene que *“es contrario al art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la sustituci6n del testigo directo por*

⁴ Vallejo, Manuel Ja6n, “La prueba en el proceso penal”, p6g. 123

⁵ Velayos Mart6nez, Mar6a Isabel; “El testigo de referencia en el proceso penal”, Ed. Tirant lo Blanch, Monograf6as, Universidad de Alicante, Valencia, p6g. 531

el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquel al juicio oral, por cuanto, de un lado, priva al tribunal sentenciador de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro y sobre todo, vulnera el derecho del acusado de interrogar y contestar a los testigos directos”⁶.

Las tres citas transcriptas precedentemente tienen en común que no quitan total virtualidad al testigo indirecto o de oídas (*“por sí sola su declaración no puede desvirtuar la presunción de inocencia que asiste a todo acusado”; “el testigo de referencia es menos fiable”; “...sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquel al juicio oral”*), lo que hacen los tres autores es resaltar la imposibilidad que se dicte una sentencia condenatoria basándose el tribunal exclusivamente en la información incorporada por este tipo de testimonios.

En el caso que estamos analizando, los jueces que dictaron sentencia condenatoria lo han hecho en virtud de la información incorporada al juicio únicamente mediante testigos indirectos o de oídas. Los jueces consideraron que *“si bien es cierto y ello ya ha sido remarcado, que en la causa finalmente, no ha sido posible contar con testigos que conocieran por sus propios sentidos lo acaecido, sobre el punto se cuenta con prueba que, a la luz de la sana crítica, resulta más que suficiente para arribar a la conclusión ya adelantada”* (fs. 168).

La reconstrucción de los hechos efectuada por el Tribunal se basó en los dichos de los policías, quienes no presenciaron ninguna de las etapas del hecho juzgado. Ni siquiera participaron de la aprehensión de la imputada, ya que se encontraba reducida cuando arribaron al lugar.

OBJETO DE LA PRUEBA TESTIMONIAL DE LOS POLICÍAS

Los oficiales de policía frecuentemente son llamados a declarar en los juicios.

Los policías suelen ser ofrecidos como testigos por los fiscales para que en la audiencia de juicio den cuenta del procedimiento de investigación realizado en el caso que se busca probar.

⁶ Casos “Delta c/Francia”, 19/12/91, “Isgro c/Italia”, 19/02/91, “Asch c/Austria”, 26/04/91

A través de ellos, el órgano de la acusación, hace ingresar a la audiencia de debate información en relación al procedimiento y/o protocolo que aplicaron los miembros de la fuerza de seguridad a fin de realizar distintas medidas investigativas y/o en relación al resguardo de la cadena de custodia de las evidencias materiales secuestradas.

Frecuentemente, es precisamente mediante el relato del testimonio de los policías se incorporan en el juicio las pruebas materiales de los elementos secuestrados durante el procedimiento de investigación.

Entonces, el objeto de la declaración del policía en una audiencia de debate de juicio oral es que relate las tareas desarrolladas durante su intervención en el procedimiento. Su presencia no tiene por objeto que mediante su relato sustituya a testigos presenciales del hecho ni que ingrese información al juicio de hechos que no conoce de manera directa.

Esto implicaría de alguna manera repetir la práctica de leer en el juicio oral el acta de procedimiento, sólo que en vez de la lectura dicha información se incorporaría mediante el oficial que realizó el acta contando todo lo que puso en ella.

Es tan frecuente que incluso se los llama testigos expertos, en el sentido de que es un testigo que presencié o que puede declarar sobre hechos relevantes para el caso, pero que además posee cierto conocimiento o experiencia que lo habilita a dar opiniones o realizar conclusiones sobre determinados temas, no obstante no haber hecho un peritaje.

En un sistema adversarial, la policía puede testificar en relación a cómo y por qué se llevó a cabo una investigación particular y sobre los resultados de las mismas. Pero no para contar lo que los verdaderos testigos teóricamente conocen.

En el artículo escrito por O`neill, Timothy P.⁷ menciona que el Tribunal de Apelación de Illinois ha elaborado el siguiente principio: *"A pesar de un oficial de policía puede reconstruir los pasos dados en la investigación de un crimen y puede describir los acontecimientos que condujeron a la detención del acusado en tal testimonio es necesario e importante para explicar completamente el caso del estado ante el jurado, se hace una distinción entre*

⁷ O`neill, Timothy P.; "POLICE TESTIMONY UNDOES CONVICTION"; Chicago DailyLawBulletin, Volume 151, No. 15 21, January, 2005

un oficial que acredite al hecho de que él habló con un testigo sin revelar el contenido de esa conversación y un oficial que testifican el contenido de la conversación. El testimonio del oficial debe limitarse a mostrar cómo la investigación se llevó a cabo, por no colocar como prueba el contenido de cualquier declaración fuera de la cancha o las conversaciones con el fin de establecer la veracidad de su contenido”.

“La policía no debe testificar sobre el contenido de la conversación, ya que tal testimonio de oídas es inadmisibles”⁸.

En igual sentido, el artículo citado menciona que, como regla general, la Corte Suprema de Illinois ha declarado que un oficial de policía puede *“declarar sobre las declaraciones hechas por otros, como víctimas o testigos, cuando dicho testimonio no se ofrece para probar la verdad de la cuestión afirmado, sino que se utiliza para mostrar las medidas de investigación adoptadas por el oficial que lleve al arresto del acusado”⁹.*

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Reino de España ha resuelto que *“el testimonio de referencia de los funcionarios policiales solo será admisible en supuestos de situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal...siendo medio de prueba poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso”.* Concluye el Alto Tribunal diciendo que *la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral”*(sentencia 7/1999 del 8 de febrero, BOE nro. 48 del 25 de febrero; también STC 36/1995, 217/1989).

CONCLUSIÓN

El principio de *inmediatez*, en relación al Tribunal hace a que los jueces experimenten el peso o la fuerza de la percepción por sus sentidos. En sentido *formal* requiere la observación por parte del tribunal por sí mismo de la prueba lo que evita la delegación y aumenta la calidad de la decisión reduciendo la

⁸ Caso Pueblo contra Trotter, 254 Ill.App.3d 514, 527, 1993

⁹ Caso People v Pulliam, 176 Ill.2d261,274,1997

posibilidad de arbitrariedad, por lo que está vedado extraer fundamentos de prueba no producida en la audiencia; ello se ve complementado con la llamada *inmediación material*, entendida como fuente que el tribunal debe extraer los hechos directamente de la fuente, sin que le sea dable el empleo de equivalente probatorio alguno, esto impide que como principio la observación directa de los declarantes se sustituya por la simple lectura de actas en que consten manifestaciones previas¹⁰.

El principio de *contradicción* implica darle a la contraparte la oportunidad adecuada para controlar la información que introduce en el debate un testigo que declara en contra del interés que representa. Posibilitando de esta manera que el Tribunal toma decisiones sobre la base de información de calidad.

En el caso bajo análisis, son estos dos principios los que fundamentalmente no se han respetado.

Ni la víctima ni el testigo presencial del hecho han prestado su declaración testimonial en el juicio. En consecuencia, no fue posible para el Tribunal tener inmediación ni en sentido material ni formal; como tampoco la defensa pudo contra-examinar a los dos testigos centrales del caso.

Lo manifestado, tal como hemos reseñado en este comentario y como se desprende del fallo de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, se encuentra respaldado por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, fundamentalmente de aquellos países que cuentan con una fuerte cultura adversarial.

¹⁰ Roxin, Claus; Derecho Procesal Penal, p. 394; citado por Baclini, Jorge, en Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Ley N° 12.734. Comentado con Jurisprudencia; Tomo I, p.35