

INTERPONE RECURSO DE CASACIÓN.-

Exmo. Tribunal de Casación:

MARTÍN ALBERTO MARCELLI, Defensor Oficial Adjunto de la Defensoría Nro. 2 de la Ciudad de Olavarría, Departamento Judicial Azul, por mi propio derecho, en causa caratulada "**CABRERA, DANIEL HORACIO s/ HOMICIDIO SIMPLE. OLAVARRÍA**", nro. 656/1300, de trámite por ante el Tribunal Criminal nro. 2 de Azul, con domicilio en calle Rufino Fal nro. 2943, primer piso de Olavarría, constituyendo domicilio en la sede de la Defensoría de Casación de la Ciudad de La Plata, a VV.EE. me presento y respetuosamente digo:

1.- OBJETO.-

Que vengo por el presente, en legal tiempo y forma, a interponer RECURSO DE CASACIÓN en resguardo de mis derechos, en los términos de los arts. 433 (ley 13.057), 448 inciso 1º, 450, 450, 451 (ley 13.057), 454, 456 (ley 13.057), 460 y 461 del ritual, y artículo 4 de la ley 11.982, contra la resolución dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 2 del Departamento Judicial Azul, en la causa nro. 656/1300, de fecha 8 de junio del año 2.005, que me ha impuesto la sanción de **APERCIBIMIENTO** y comunicación la Defensor General del Departamento Judicial Azul y a la Procuración General de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sin perjuicio de ordenar la investigación de los delitos de

Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público y Desobediencia a mi respecto, por contener motivos de gravedad e importancia institucional, absurdo en la apreciación de la prueba, expresa violación y errónea aplicación de lo dispuesto por los arts. 1, 3, 59, 60, 83 inc. 6, 98, 106, 232 a 243, 286, 339, 342, 345, 349, 350, 351, 355, 357, 358, 360, 362, 364, 365, 367, 368, 369, 371, 373 del ritual Bonaerense; art. 21 inciso 2°, 22, 24, 40 y 67 de la ley 12.061; art. 18 de la Constitución Nacional; arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 14, apartado 3°, incisos "b" y "e" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 8, apartado 2°, incisos "c", "d", "e" y "f" de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; lo dispuesto en el plenario del Tribunal de Casación Bonaerense en causa nro. 13.569, y conforme las consideraciones de hecho y de derecho que expondré a continuación.-

2.- ANTECEDENTES.-

Con fecha 14 de agosto del año 2.002 se dio inicio a la presente causa, en virtud de haberse hallado al niño Diego Javier Gómez sin vida, producto de un disparo de arma de fuego en su cabeza, el que se encontraba debajo de una alcantarilla ubicada en las inmediaciones de la ruta Nacional 226 y la Avenida Alberdi de la Ciudad de Olavarría (acta de fs. 1/3).-

Los días 15 de agosto, 4 y 5 de septiembre del 2.002, se les recibió por parte de la

instrucción, declaración testimonial bajo reserva de identidad a seis (6) personas que incriminaban por el hecho investigado a una persona de apellido Attadía (fs. 29/30, 41, 71/72, 104, 105 y 106).-

Con fecha 14 de agosto del 2003, habiendo transcurrido casi un año del hecho que se estaba investigando y sin que se hubiese podido esclarecer el mismo, se le recibe declaración testimonial a dos personas bajo reserva de identidad que indicaban a quien fuese mi asistido Daniel Oscar Cabrera, como a uno de los autores del hecho (fs. 127/128 y 129/130).-

En virtud de esas últimas declaraciones testimoniales, cuya mendacidad quedó al momento del juicio oral en evidencia, se llevó a cabo una diligencia de allanamiento en el domicilio de mi entonces asistido (fs. 139/vta), con fecha 20 de agosto del 2.003, donde espuriamente se hizo constar el hallazgo de un arma de fuego en su domicilio, circunstancia que luego se desvirtuó en el debate.-

Periciada el arma, dio como resultado que el proyectil que terminara con la vida del joven Gómez había sido disparada desde el mismo.-

Con estos actos, completamente irregulares, se ordenó la detención de mi asistido y posteriormente su prisión preventiva (fs. 157/vta. y 259/261).-

Es así, que la causa fue elevada a juicio y con fecha 24 de agosto del 2.004 ofreció

pruebas la fiscalía (fs. 386/387 vta.) solicitando la presencia en el debate de los ocho testigos de identidad reservada, mientras que esta defensa, con fecha 31 de agosto del 2.004, solamente ofreció los seis que mencionaban a Attadía como el autor del hecho, dejando a los dos que incriminaban a Cabrera, es decir los de fs. 127/128 y 129/130, sin requerirlos.-

Con fecha 19 de octubre del 2.004, se celebró la audiencia preliminar (fs. 430/vta.), la que fue resuelta con fecha 21 de octubre de ese mismo año (fs. 431/vta..-

En la resolución de la audiencia preliminar el tribunal dejó expresa constancia de "Hacer saber al agente fiscal que oportunamente deberá acompañar la nómina de los testigos de identidad reservada, si es que los ha ofrecido, para ser citados al debate".-

En virtud que el suscripto solicitó la nómina de los testigos que había propuesto oportunamente, pero que hasta allí eran de identidad reservada, para poder citarlos, es que el tribunal dispuso que el Fiscal, en el plazo de cinco días, acompañase el listado de testigos de identidad reservada, indicando el domicilio de los mismos, a los efectos de que pudiesen ser citados por la defensa (fs. 460).-

Con fecha 5 de mayo del 2.005, el fiscal remite los datos de los testigos de identidad reservada haciendo saber que habiendo mantenido

entrevista con alguno de ellos, sin indicar cuantos, le "ordenaron" que no se revelara su identidad por temor a represalias en su contra y que "desiste" de la totalidad de los testigos, entre ellos la testigo que diera motivo a la sanción a este defensor quien no la había ofrecido (testigo de fs. 127/128).-

La presidencia del tribunal reservó por secretaría la identidad de los testigos (fs. 462) y le solicita a esta defensa que exprese si mantenía a los testigos que hasta allí habían estado con su identidad reservada (fs. 463), lo que fue contestado por el suscripto con relación a los seis (6) que había propuesto, explicando que ellos mencionaban a una tercera persona como autora del hecho (fs. 467), es decir que eran favorables a la defensa.-

A fs. 468 el tribunal entiende, basándose en lo resuelto por el Tribunal de Casación Bonaerense en causa nro. 13.569 (plenario) "que corresponde permitir la declaración de los testigos en cuestión durante la audiencia de debate pero con el alejamiento del imputado de la sala de audiencias, con la permanencia de la defensa técnica en dicho recinto y asegurando que aquel tenga inmediato conocimiento de las declaración, pudiendo -a través de su defensor- realizar las preguntas pertinentes". De lo allí dispuesto, y sobre todo por la cita del fallo plenario del Tribunal de casación, se trasluce sin dudas que no había ningún impedimento para decir el nombre de un testigo por parte del suscripto a su asistido, aunque

impedirlo hubiese sido un acto evidentemente ilegítimo por parte del tribunal.-

De lo expuesto en los considerandos antes transcritos, el tribunal resuelve a continuación: "HACER LUGAR A LA DECLARACIÓN DURANTE EL DEBATE DE LOS TESTIGOS QUE MANTUVIERON RESERVA DE IDENTIDAD DURANTE LA I.P.P.", los cuales serán citados por este Tribunal y declararán bajo reserva de identidad y con el alejamiento del imputado de la sala de audiencias, con la permanencia de la defensa técnica en dicho recinto y su expreso compromiso previo de mantener el resguardo antedicho; asegurando que el causante tenga inmediato conocimiento de la declaración, pudiendo -a través de su defensor- realizar las preguntas pertinentes."

Obviamente esta resolución que no era aplicable a la testigo de fs. 127/128, pues la misma había sido desistida por el fiscal con anterioridad y nunca propuesta por la defensa, pero de allí se interpreta prístinamente, teniendo en consideración el plenario invocado y lo expuesto en los considerandos, que el "resguardo" que debía efectuar la defensa sobre la identidad, de ningún modo podía referirse a lo dicho en la audiencia de debate y lo que el suscripto dialogase con el imputado, pues sino de qué modo éste último podría elaborar preguntar y ejercer su defensa material.-

Es así, que con fecha 30 de mayo del 2.005 se dio inicio al debate donde depusieron algunos de los testigo propuestos por las partes.-

En el transcurso de la misma se le comenzó a recibir declaración a los testigos que habían declarado en la instrucción con reserva de identidad que fueron tres (3), para luego aparecer en escena, una testigo que solamente había declarado como testigo común en la etapa de instrucción (no digo aquí el nombre de la testigo para poner en evidencia el absurdo de la sanción del tribunal, pues sin su nombre todo se torna un juego de palabras sin sentido, y además porque igualmente con lo detallado en el acta, se puede fácilmente establecer su identidad), pues como testigo de identidad reservada había sido desistida por el fiscal, aunque igualmente citada de oficio por el tribunal, en violación expresa a toda la normativa vigente en la materia.-

En ese sentido, se dejó constancia en el acta que el fiscal sostenía que la testigo (ya dejó en claro que era mujer) debía declarar bajo reserva de identidad porque en la investigación penal preparatoria declaró revelando su identidad, para hacer saber que había recibido amenazas por parte del padraastro del imputado, lo que se podrá observar luego, que de la lectura de la causa era fácilmente deducible su identidad y que además los familiares y el imputado ya sabían de su declaración.-

Es así, que esta defensa se opuso a su declaración como testigo de identidad reservada, en la creencia que este carácter solamente impedía la presencia del imputado en la sala, lo que así quedó plasmado a fs. 572, donde el suscripto argumenta que esa situación cercena el derecho de su defendido a estar presente en la audiencia para controvertir a la testigo (siguiendo además el fallo plenario el Tribunal de Casación).-

Es tan claro ello, que el Tribunal en el acta de debate, se afanó en hacer constar que se le notificaba al suscripto que la testigo declaraba como testigo de identidad reservada, pero allí no se hizo constar porque nunca sucedió que el tribunal le aclarase a esta defensa que no podía decirle el nombre de la testigo al imputado ni mucho menos, que no la pudiese mencionar en los alegatos para materializar un real ejercicio del derecho de defensa del imputado, para lo cual sí me encontraba obligado.-

Bueno es decir, aunque seguramente se reiterará más adelante, que de haber existido una orden en ese sentido, esta defensa hubiese recusado al tribunal por ausencia de imparcialidad.-

Pues bien, la testigo que nunca debió llegar como testigo de identidad reservada, pues era solamente una testigo común, declaró irregularmente bajo ese sistema impidiendo la presencia del imputado en la sala (única consecuencia práctica).-

También es digno de mencionar, que en el acta se hizo constar por el Tribunal que se observaría lo dispuesto a fs. 468/vta., pero ello no es cierto, nunca se dijo esto en la audiencia, aunque en realidad carece de toda relevancia, pues esa resolución no era aplicable a la testigo en cuestión, quien no llegó al juicio en ese carácter, pues el testimonio de quien depusiera a fs. 127/128 vta. había sido expresamente desistido por el fiscal.-

Obvio es decirlo, pero este defensor nunca prestó un "expreso compromiso previo" de guardar reserva alguna sobre la identidad de un testigo, ello surge de la falta de constancia en actas, pues a pesar de los esfuerzos del Tribunal de mencionar circunstancias que nunca existieron (la única forma de atacarlos es mediante el ofrecimiento de pruebas del artículo 457 del C.P.P.) justamente ésta se encuentra ausente.-

Sin embargo, el detalle de hechos que no existieron en el debate y se hicieron constar en el acta, en definitiva carecen, de toda relevancia en la cuestión.-

Finalizada la recepción de la prueba, y al momento de efectuarse los alegatos, el Fiscal formuló acusación contra el imputado detallando la declaración de esta testigo sin dar su nombre, lo que motivó que al momento de efectuar los alegatos el suscripto, (considerando que la testigo era una de las dos pruebas que el fiscal había invocado como de mayor

relevancia), hiciera una valoración de su testimonio y la identificase expresamente para sostener la mendacidad en sus dichos, y por entender claramente, que no había impedimento alguno para ello ni podría haber existido el mismo, pues sino se estaría frente a un posible delito de acción pública por parte del Tribunal.-

Finalizado el alegato, el fiscal interviniente solicita se forme causa contra el suscripto por los delitos de Desobediencia e Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público, ello por haber "revelado" la identidad de un testigo que depuso bajo reserva de identidad en el momento de los alegatos.-

En ese sentido, quien suscribe aclaró que el Código Procesal no obliga a guardar silencio al defensor y que sí habría incumplido los deberes de funcionario público, si no hubiera expresado la identidad del testigo a su defendido (acta de fs. 561/576).-

Con fecha 8 de junio del 2.005, el tribunal dictó veredicto y sentencia absolviendo al imputado, y disponiendo una sanción de apercibimiento hacia el suscripto con comunicación a la Procuración y al Defensor General y, como si ello no fuese suficiente, la formación de una causa penal por los delitos de desobediencia e incumplimiento de los deberes de funcionario público.-

Es así, que expresó el tribunal en la cuestión octava del veredicto que "...constituyó al menos una "inconducta" en los términos del artículo 349 del CPP. la actitud del Defensor Oficial Dr. Martín Marcelli, al revelar en voz alta y durante el alegato, el nombre y apellido de una testigo que había declarado bajo reserva de identidad. Ello así por cuanto la declaración de la testigo se recibió en esa forma por decisión del Tribunal con la finalidad de protegerla ante las amenazas que había recibido de parte de allegados del imputado. Dicha resolución fue objetada por la Defensa en su momento mediante protesta, debiendo haber culminado allí, las manifestaciones de esa parte acerca de la cuestión. No obstante, el citado defensor, en forma innecesaria y sin respeto a lo resuelto por el Tribunal, reveló públicamente durante su alegato el nombre y apellido de la testigo. Por lo tanto estimo que corresponde corregir tal conducta con un apercibimiento y comunicación al Defensor General y al Procurador General de la Exma. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, sin perjuicio de ordenar la extracción de copias del acta de debate y de la presente a efectos de ser remitidas al Fiscal en turno para la investigación de los delitos de incumplimiento de los deberes de funcionario público y desobediencia...", mientras que en el apartado III de la sentencia disponen el apercibimiento mencionado y la comunicación, y en el apartado siguiente ordenan la investigación del suscripto.-

Contra esa decisión, el suscripto, por su propio derecho, efectuó reserva de recurrir en casación la que se hace efectiva en el presente escrito.-

3.- PROCEDENCIA FORMAL.-

En primer término, se cumplen en el caso, los requisitos formales dispuestos por los arts. 448 inciso 1º, 451 segundo párrafo del ritual Bonaerense, en virtud de haberse interpuesto el recurso en tiempo y forma, como así también efectuado los agravios con la motivación suficiente, para tener por cumplidos todos los requisitos de procedibilidad.-

Por otra parte, efectuó el suscripto expresa reserva de recurrir en casación, ante el tribunal "a quo", conforme lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 451 del C.P.P., según constancia que se peticiona adjuntar.-

Asimismo, en virtud de la naturaleza de la resolución por la que se recurre ante VV.EE. es imprescindible argumentar sobre su admisibilidad formal.-

Efectivamente, la resolución del Tribunal Criminal de Azul que dispone la sanción de apercibimiento y ordena su comunicación a la Procuración y a la Defensoría General, debe asimilarse, por su naturaleza, a una sentencia definitiva en los términos del artículo 450 del C.P.P..-

En este sentido, esta resolución produce al suscripto un gravamen que es insusceptible de ser reparado posteriormente sino a través del presente recurso.-

Es así, que de quedar firme la sentencia en ese punto, el suscripto sufriría un perjuicio actual, pues en su legajo contaría una sanción ilegítimamente impuesta, con las graves consecuencias actuales y futuras que ello implica, sin posibilidad alguna de haberse defendido, y además sin haber ejercido su derecho de procurar una revisión ante un tribunal superior (derecho a la doble instancia).-

En síntesis, la resolución cuestionada se encuentra dentro de las previstas en el artículo 450 del C.P.P..-

Asimismo, y para el caso de que VV.EE sostengan, que las cuestiones relacionadas con las sanciones que impongan los tribunales de juicio no revisten el carácter de sentencia definitiva, advierto que en el caso existen cuestiones de notoria gravedad e importancia institucional.-

Asimismo, el tribunal "a quo" ha violado y aplicado erróneamente el plenario del Tribunal de Casación Bonaerense nro. 13.569, circunstancia también de entidad suficiente como para constituir un motivo de gravedad institucional.-

En tal sentido, ese Excelentísimo Tribunal ha abierto en reiteradas ocasiones la vía casatoria al decir: "Configura supuesto de gravedad

institucional que opera como causal de apertura del recurso de casación, el agravio causado por el incumplimiento por parte de las autoridades jurisdiccionales de obligaciones gravitantes en el goce del derecho de la defensa en juicio..." (TCPESF LP 2954, RSD-6-1 30-1-2001).-

Además, en causa nro. 25 "Lopez" ese Excelentísimo Tribunal abrió la instancia casatoria por la inobservancia de garantías constitucionales esenciales, como supuesto de gravedad institucional (Jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, pág. 21, Ed. Depalma).-

Asimismo el Tribunal de Casación, sala I, también ha dicho que *"Es que sólo en aquellas cuestiones de hecho o de derecho que exceden el mero interés de los litigantes afectando a la comunidad entera o al de un sector de ella, se configuraría la aludida "gravedad institucional" (conf. Causa n° 12.656 "Azcueta Ma. Cristina y Florio E.", sentencia del 30/1/03 - sala I de feria)"* (CARTELLE, ADRIÁN ANTONIO Y ATEs ETCHEVERRY, EMILIO ANDRÉS s/ RECURSO DE CASACIÓN).-

Sin dudas que esta es una cuestión de gravedad institucional pues se encuentra afectado el ejercicio de la defensa técnica en general, como así también de aceptarse resoluciones como las aquí cuestionadas se estarían impidiendo el adecuado servicio de defensa pública, pues se está impidiendo en

el fallo la libre comunicación entre el imputado y su defensor.-

Asimismo, y sin perjuicio de lo expuesto, "el Tribunal de Casación Penal debe lograr la eficaz implementación del nuevo sistema procesal penal, instalando los medios que propendan a la unificación jurisprudencial, art. 4 de la ley 11.982. Vale decir, que es tarea de esta sede fijar la interpretación del C.P.P. y sus leyes complementarias, como también el sentido de cada una de sus disposiciones. De ahí que siempre que se halle en juego la eficacia de un mecanismo de la ley adjetiva, se proyecta como telón de fondo de una competencia residual de la casación, fundamentada en la importancia institucional del cuestionamiento de que se trate"(TCPE00 LP 1638 RSI-545-99 I 12-11-1999).-

En el presente recurso, es imprescindible que VV.EE se expida sobre los límites que un tribunal de justicia le puede imponer al ejercicio de la defensa de un imputado en el transcurso de un juicio oral.-

Finalmente, no es ocioso reiterar el derecho a la doble instancia judicial que le asiste al suscripto y que autoriza al Tribunal, en su resguardo, a la avocación del presente recurso.-

Así las cosas, solicito a VV.EE. que oportunamente se declare la procedencia formal del presente recurso por encontrarse la resolución cuestionada dentro de las equiparadas a una sentencia

definitiva (art. 450 del C.P.P.), o por la gravedad e importancia institucional invocada (art. 4 ley 11.982), y se resuelva el fondo de la cuestión.-

Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, corresponde destacar que en el presente caso se somete a su conocimiento una cuestión federal, reclamando a VV.EE. el ejercicio del control de constitucionalidad difuso derivado del art. 31 de la C.N. Dicha norma de la Carta Magna consagra expresamente el principio de supremacía de la Constitución Nacional. La efectividad del principio mencionado demanda la existencia de un control de constitucionalidad, el cual en nuestro caso es difuso, pues *"Tal custodia esta depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces"* (CSJN *"Di Macio"*, La Ley, t.1989 -B-419).-

La Corte de la Nación sostiene desde hace más de cien años *"(CSJN Que es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición a ellas"* (Fallo 33:162).

La supremacía de la Constitución Nacional establecida por el art. 31, debe ser observada por las organizaciones provinciales (art. 5 C.N.) y custodiada por todos los jueces de la nación y de las provincias,

siendo la Corte Suprema de Justicia de la Nación el interprete y salvaguarda final de la Constitución Nacional y de los derechos y garantías en esta contenidos (Fallos 1:340; 33:162).

De lo dicho hasta aquí, se desprende que todos los jueces de la provincia, sin distinción jerárquica, se encuentran obligados constitucionalmente a efectuar dicho control.

La facultad no delegada -por las provincias al Gobierno Nacional- de organizar su administración de justicia no puede impedir a los magistrados locales considerar y aplicar en su integridad la totalidad del orden jurídico del Estado, en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional, si así lo hiciere tal norma sería inconstitucional.

Así como la Corte de Nación es el intérprete y salvaguarda final de la Constitución Nacional, el instrumento legal destinado a tal misión, lo constituye la ley 48, reglamentaria del art. 31 de la C.N. (Fallos: 156:20; 176:330; 183:49; 188:456).

La decisión del legislador, plasmada en la ley 48, fue que todo pleito radicado en la justicia provincial, en el que se susciten cuestiones federales, debe arribar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, solo después de fenecer ante el órgano máximo de la judicatura local ("Di Mascio") ... *"el Superior tribunal de provincia mentado en el art. 14 cit "es el órgano judicial erigido como supremo por la Constitución de la provincia" ("Strada" y "Di Mascio").*

Resumiendo, todo magistrado - provincial o federal- puede y debe interpretar y aplicar la Constitución nacional, cuyo interprete final es la Corte de la Nación, la cual lleva a cabo dicha tarea mediante el recurso extraordinario federal de la ley 48.

Para requerir la intervención de la Corte de Nación, el art. 14 de la Ley 48 exige que la causa haya fenecido en la jurisdicción provincial y solo podrá apelarse de las sentencias definitivas pronunciadas por los superiores tribunales de provincia. De acuerdo a los precedentes "Strada" y "Di Mascio", La Suprema Corte de Justicia es el superior tribunal de la causa en la provincia de Buenos Aires.

A su vez, el art. 494 del C.P.P. impone como requisito previo para el tratamiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por dicho tribunal, que la resolución cuestionada provenga del Tribunal de Casación Penal.

Se instaura así un mecanismo de impugnación, con etapas imprescindibles, a fin de - eventualmente- posibilitar el acceso a la Corte de la nación como intérprete final.

Por lo expuesto, VV.EE. deben tratar la cuestión federal que entraña el planteo.

A partir de lo dicho la doctrina que elabore el tribunal supremo del país respecto de la Constitución Nacional configura el paradigma del

control de constitucionalidad en cuanto a la modalidad y alcance de su ejercicio.

"La extensión con que la Corte realiza dicho control configura el marco ejemplar respecto de la magistratura argentina toda. Por ello, en lo que a ella concierne, tal marco no consiente regulaciones que, en cuanto a su origen, provengan de otras fuentes, so pena de herir tergiversar el recto sentido que cabe dar a la índole difusa que informa al mentado control" ("Di Mascio").

Ni las legislaturas locales, ni la doctrina legal pueden impedir que los tribunales de las provincias garanticen el orden previsto en el art. 31 de la C.N. en circunstancias que si podría hacerlo la Corte de la Nación, *"Ello produciría una reducción de la zona de reserva jurisdiccional de las provincias"* ("Di Mascio"). En este sentido, las limitaciones que impone el art. 450 del C.P.P. para la interposición del recurso de casación en cuanto al carácter de sentencia definitiva, no pueden impedir a VV.EE. ejercer el control de constitucionalidad que emerge del art. 31 de la C.N. cuando lo que se le está sometiendo a su conocimiento es una cuestión federal. *"Las provincias son libres para crear las instancias judiciales que estimen apropiadas, pero no pueden vedar a ninguna de ellas y menos a las más altas, la aplicación preferente de la constitución nacional"* ("Strada"). Las limitaciones que impone la norma citada para el acceso al Tribunal de Casación, solo son válidas en tanto la

materia sometida verse sobre cuestiones locales y no federales. Así lo afirmó expresamente la Corte de la Nación al sostener que *"esta conclusión no desecha la validez de tales restricciones en razón de su origen, en cuanto se las vincule con causas de jurisdicción local que no pongan en juego cuestiones constitucionales, toda vez, que, en esas condiciones, la reglamentación se encontraría en la esfera de la autonomía provincial"* ("Di Mascio" consid. 15).

Si no obstante lo dicho, VV.EE. entendiera que el art. 450 del C.P.P. le impide el tratamiento de cuestiones federales por "ausencia" del requisito de sentencia definitiva, entonces, correspondería su declaración de inconstitucionalidad por sustraer a este Tribunal de Casación al control del principio de supremacía que establece el art. 31 de la C.N.

Cuando un órgano jurisdiccional es llamado a ejercer el control de constitucionalidad, dicho control debe ser efectuado de conformidad con los estándares elaborados por la Corte de Justicia de la Nación en virtud de ser ella quien tiene la palabra final en cuanto a la interpretación de la Constitución Nacional. En este sentido, cuando se analizan los extremos requeridos para dicho control, a saber: "sentencia definitiva" y "cuestión federal", se debe tener en cuenta qué es lo que la Corte de Nación entiende por "sentencia definitiva" y "cuestión federal" para casos como el sometido a su conocimiento.

En el ejercicio del control de constitucionalidad, un superior tribunal de provincia no puede manejar estándares diferentes a los de la Corte de Nación. Los conceptos de "sentencia definitiva" y "cuestión federal" no pueden ser diferentes.

En el presente caso, se somete a su conocimiento el agravio referido a violación lisa y llana del derecho de defensa en juicio por parte del tribunal "a quo", que en una resolución arbitraria y carente de fundamentación legal, y en un abusivo ejercicio del poder de policía, resuelve sancionar la actuación del suscripto en el marco de la defensa ejercida en la causa de mención (art. 18 CN).

Efectivamente, la resolución cuestionada vulnera elementales garantías de orden constitucional, como el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio por parte del defensor hacia su asistido, la posibilidad que un Tribunal de justicia impida el ejercicio de las obligaciones legal y constitucionalmente impuestas a un defensor público, el adecuado funcionamiento de la defensa pública en general, los alcances que puede tener la reserva de identidad de un testigo, el cumplimiento de los Tratados Internacionales por parte del Estado Argentino, y si es posible cercenar el derecho de que el imputado conozca, al momento del debate oral, de identidad de un testigo por el cual puede ser condenado, como así también si es posible prohibirle a un defensor mencionar el nombre de un testigo en la

audiencia de debate en general y en el alegato en particular.-

En definitiva, se cuestiona aquí el alcance dado por el tribunal de mérito a una cláusula de la Constitución Nacional, en el caso, a la garantía de la defensa en juicio (arts. 18 y 75 inc. 22 -art. 8.2. del Pacto de San José de Costa Rica y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-) y la resolución ha sido contraria al derecho que se invoca como vulnerado (art. 14 ley 48).

A fin de verificar si se encuentran reunidos los recaudos para el ejercicio del control de constitucionalidad, corresponde analizar el criterio de la Corte de Nación.

Con relación a la exigencia del carácter de "sentencia definitiva", reiterada jurisprudencia del mas alto tribunal nacional equipara las "sentencias definitivas" con aquellas que provocan "agravio de imposible o insuficiente reparación posterior" (Fallos, 257:187; 268:172 y 301; 277:201; 280:228 y 429; 306:1312; 307:784 y 2030, entre otros).

En este sentido, no cabe duda que la sanción impuesta por el tribunal de mérito configura "sentencia definitiva" a los fines del control constitucional de la Corte Nacional, y dicho concepto debe valer también para VV.EE. cuando es llamado a ejercer dicho control para -eventualmente- permitir el acceso al Superior tribunal de la causa. Así ha dicho la Corte en el precedente "Di Mascio" que "no

constituye obvia para la intervención de los superiores tribunales de provincia, la invocación de jurisprudencia local que clausuraría la posibilidad de acceso a dicha instancia suprema provincial en virtud del carácter no definitivo de los pronunciamientos en los que, al hallarse en juego la protección judicial de la Constitución en virtud de la propia naturaleza de la pretensión deducida, no cabía apartarse de los principios que en la materia ha elaborado la Corte Nacional como fiel intérprete y custodio de los derechos y garantías reconocidos por la ley fundamental" ("Di Mascio", "Christou, Hugo" La Ley t.1987 -D, p. 156). Lo expresado, siendo obligatorio para la suprema Corte provincial no puede serlo en menor medida para el Tribunal de Casación.

Es decir, nos encontramos ante una "sentencia definitiva" que resuelve sobre una "cuestión federal" en los términos de la Corte Nacional, por lo cual corresponde admitir el pedido de tratamiento de la cuestión sometida a VV.EE. pues este Tribunal de Casación -como todos los restantes órganos jurisdiccionales- se encuentran obligados a ejercer el control de constitucionalidad que impone el art. 31 de la C.N. constituyendo -además- presupuesto su intervención para el -eventual- acceso al superior tribunal de la causa del que habla el art. 14 de la ley 48, y que se ha encargado de precisar la Corte de Nación en los fallos "Strada" y "Di Mascio". A todo ello cabe agregar, que la extensión y alcance con el

que la Corte de Nación lleva a cabo el control de constitucionalidad, configura el marco ejemplar respecto de la magistratura argentina toda, por lo que los estándares elaborados por ella deben ser observados por el resto de los magistrados al momento de ejercer el mencionado control.-

Por último, la Corte de la Nación ha dicho que no obstante que ella sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (cnfr. Doc. De Fallos: 25:364). De esta doctrina y de la de Fallos: 212:51 y 160, emanan la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (confr. Causa "Balbuena, Cesar Anibal s/extorsión", resuelta el 17 de diciembre de 1981), especialmente en supuestos como el presente, en el cual dicha posición ha sido expresamente invocada por el apelante" (Fallo: 307:1095).

Por lo expuesto sostengo que éste recurso debe ser declarado admisible y tratarse la cuestión federal que entraña el planteo.

**4.- INEXISTENCIA DE ORDEN DE OCULTAR EL
NOMBRE AL IMPUTADO Y EN LA AUDIENCIA DE DEBATE.-**

Efectivamente, ha existido una absurda valoración de la prueba y una violación y errónea aplicación de lo dispuesto en el artículo 83, 106, 342 y 349 del ritual, como así también expresa violación al plenario del Tribunal de Casación Bonaerense, nro. 13.569, toda vez que el tribunal "a quo" le impuso una sanción al suscripto con ausencia total de motivación, al sostenerse en sus propias decisiones anteriores que no ordenaban semejante silencio, y contrariando las aludidas normas procesales y resoluciones plenarias del Tribunal de Casación.-

Al parecer, conforme lo ha hecho asentar en su resolución el tribunal, el suscripto habría "desobedecido" la orden por éste impuesta de "ocultar" el nombre de un testigo al imputado y como consecuencia, la obligación de evitar decirlo en la audiencia de debate, más concretamente en los alegatos, pero en realidad nunca existió semejante orden.-

Efectivamente, el suscripto jamás se encontró en la "obligación" de no decir el nombre de la testigo de identidad reservada por aplicación de lo dispuesto en a fs. 468 por el tribunal.-

Efectuar esa interpretación a partir de la resolución de fs. 468 es completamente absurdo, porque esa resolución nunca estuvo dirigida a la testigo de identidad reservada de fs. 127/128, toda vez

que ésta había sido DESISTIDA por el fiscal con anterioridad a esa resolución (fs. 461) y nunca fue ofrecida por la defensa, es decir que esa resolución no es aplicable a la testigo cuya mención hizo el suscripto en los alegatos, por la sencilla razón que no era una testigo reservada para el juicio.-

Fíjense VV.EE., que al momento de comparecer la testigo, quedó en claro que su motivo de presencia era que había sido una testigo común en la instrucción, por lo que al debate arribó por ese motivo, y fue el tribunal quien dispuso darle el carácter de "identidad reservada".-

Ahora bien, al momento de decidirlo así, no expresó el tribunal que también quedaba abarcada la testigo por lo dispuesto por el propio tribunal a fs. 468, ni le reclamó a este defensor el "expreso compromiso previo" de reserva que esa resolución reclamaba, por lo que dicha resolución era completamente inaplicable en el caso que motivara la sanción del suscripto.-

Ahora bien, la testigo no era de "identidad reservada" sino una testigo común, a la que el tribunal decidió luego darle un carácter diferente, a pesar de haberla citado de oficio y no, la parte que la propuso, por lo que nunca se encontró dentro de lo dispuesto a fs. 468.-

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta también completamente absurda la decisión del tribunal de aplicar una sanción al suscripto, toda vez que los

datos que había aportado el fiscal al momento de encontrarse la testigo en la audiencia eran por sí solos más que suficientes para saber su identidad, toda vez que una mujer, que declaró en la etapa de instrucción como testigo común y que mencionó allí que había recibido amenazas por parte del padrastro del imputado. Con estos datos, la testigo es fácilmente identificable, de hecho, de lo allí expuesto se establece que tanto el imputado como su familia sabían su identidad con anterioridad al debate, lo que torna completamente absurda la situación, pues en lugar de ordenar su custodia o sometimiento al sistema de protección al testigo, pretendieron eludir responsabilidades bajo el título "identidad reservada".-

Finalmente, como si las cuestiones que hasta aquí se han expresado no fuesen lo suficientemente claras para sostener la inexistencia de impedimentos para que este defensor dijese el nombre de la testigo al momento de ejercer la defensa técnica del imputado en el recito del debate, debe adosarse que, la mentada resolución de fs. 468 no impide a este defensor decir el nombre de la testigo al imputado y como lógica consecuencia en los alegatos.-

En los considerandos de la resolución invocada por el tribunal, que difieren bastante de lo establecido en la parte resolutive, sostiene el "a quo" que: "de acuerdo a lo resuelto por el Exmo. Tribunal de Casación de la Pcia. de Buenos Aires en el plenario

13569" permite la declaración de los testigos con el alejamiento del imputado de la sala de audiencias, con la permanencia de la defensa técnica en dicho recinto asegurando que el imputado tenga inmediato conocimiento de la declaración pudiendo realizar a través de su defensor las preguntas pertinentes.-

Sin dudas que este diálogo (defensor-imputado) incluye el nombre del testigo, sino estaríamos ante la posible comisión de un delito de acción pública por parte del tribunal y una lisa y llana afectación de derechos constitucionales básicos del imputado.-

En ese mismo sentido, el pedido de un expreso compromiso previo de reserva de la identidad del testigo hacia el suscripto, debe entenderse, como la imposibilidad de mencionar su nombre fuera de la audiencia de debate, sea a los medios públicos o terceros, pero nunca a su asistido.-

Por otro lado, no puede atribuírsele a este defensor, el conocimiento que familiares del imputado tuviesen del nombre de la testigo (el cual ya sabían con anterioridad al debate según ya hemos expuesto) por haberlo expresado nada menos que en el alegato, donde el suscripto se encuentra obligado a ejercitar adecuadamente su ministerio, y ello sería imposible sin la individualización de los testigos de cargo.-

Efectivamente, el Tribunal sostiene en su resolución sancionatoria, que este defensor había

"revelado públicamente" dicha identidad, pero ello es imposible, pues el carácter de público o reservado (art. 342 del C.P.P.) del debate lo establece dicho organismo.-

Si el tribunal no desalojó la sala de audiencias, en todo caso es su decisión y responsabilidad, pero ello no podía impedir el adecuado ejercicio de la defensa técnica.-

Ahora bien, habiéndose establecido que el suscripto de ningún modo "desobedeció" al tribunal, también hay que agregar que es absurda la apreciación que éste efectuara sobre la "innecesariedad" de la mención, pues ¿cómo habría de defender al imputado sin la individualización de la prueba de cargo?, porque justamente esta testigo había sido mendaz en sus dichos y es consecuencia de su declaración, la detención y prisión preventiva del imputado, como así también se pretendía sostener con su testimonio, la condena. Ciertamente es absurda la posición del Tribunal en este punto.-

Por lo expuesto, solicito se revoque la resolución en las partes cuestionadas y se deje sin efecto la sanción de apercibimiento impuesta al suscripto por no haber desobedecido orden alguna del Tribunal "a quo".-

5.- IMPOSIBILIDAD DEL TRIBUNAL DE DAR UNA ORDEN QUE IMPIDA LA LIBRE COMUNICACIÓN ENTRE EL IMPUTADO Y SU DEFENSOR.-

Sin perjuicio de lo antes expuesto, de haber existido una orden expresa por parte del tribunal "a quo" para que el suscripto guardara silencio a su asistido, y en los alegatos, del nombre de un testigo que depuso en su presencia, lo cierto es, que el juzgador ha tomado una decisión que limita con lo ilícito y contraría las más elementales garantías constitucionales, por lo que no podía ser "obedecida" por el suscripto.-

Dice la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8, apartado segundo, inciso "f" que existe "*el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos...de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...*", mientras que el inciso "e" reza que el imputado tiene "*el derecho irrenunciable a ser defendido por un defensor proporcionado por el estado...*".-

Por su parte, el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dice "*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*" (el subrayado me pertenece).-

Sin dudas que el suscripto era en el juicio, un mero representante del imputado, nada podía ocultarle a éste y solamente debía guardar silencio de

lo que había dialogado dentro del ámbito del secreto profesional, y de aquellas cuestiones que éste le solicitase expresamente, pero nunca el tribunal puede "censurar" la libertad de expresión del defensor en el ejercicio de su ministerio, dentro de los límites del respeto que impone la investidura del juzgador, ni mucho menos poner a su cargo cuestiones que le asisten a la fiscalía, tales como proteger a un testigo, para lo cual se le han concedido los medios necesarios para hacerlo.-

El artículo 1° del C.P.P. dice que "*es inviolable la defensa de las personas y los derechos en el procedimiento*", me pregunto entonces ¿acaso no es una flagrante violación al derecho de defensa del imputado, pretender que su defensor le oculte el nombre de un testigo?, porque decir el nombre del testigo en el alegato es la consecuencia de habérselo dicho al imputado, pues si el tribunal quisiese que terceras personas no lo supiesen en la audiencia hubiese desalojado la sala, aunque el imputado tampoco tenía porque guardar secreto de ese dato tan esencial a su derecho.-

Imagínense VV.EE. la situación concreta, un testigo declara en presencia del suscripto y éste omite decirle el nombre al imputado, lo primero que el imputado va a pensar es en una connivencia entre su defensor y las demás partes, por lo que le reclamaría que le dijese el nombre, porque obviamente se encontraría imposibilitado de saber si ese testigo es

una persona que tiene pública enemistad con él, si se denunciaron mutuamente, si el testigo pretenda quitarle su libertad para apoderarse de sus bienes o si el testigo estaba en otra ciudad el día de los hechos que relata, por citar sino alguno ejemplos, quedando efectivamente indefenso.-

En síntesis, el imputado quedaría indefenso frente a ese testigo por una violación funcional de su defensor, lo que sí implicaría una responsabilidad por parte del suscripto.-

Si el suscripto hubiese "ocultado" la identidad de la testigo al imputado o hubiese omitido su mención en los alegatos para individualizar y criticar la prueba de cargo, hubiese incumplido con sus obligaciones legal y constitucionalmente impuestas.-

Efectivamente, el artículo 60 establece el derecho del imputado a comunicarse "libremente" con su defensor, por lo que si el tribunal pretendiese imponer semejante censura en la comunicación entre ambos estaría violando lisa y llanamente lo dispuesto en este artículo.-

Téngase presente, que en momento de formularse los alegatos, únicamente debe estar presente el imputado, pues la presencia del público puede ser restringida por el tribunal si lo estima conveniente y no queda a cargo del defensor tomar esa decisión (artículo 342 del C.P.P.).-

Asimismo, cualquier decisión del tribunal tendiente a evitar que aspectos de la acusación

conocidos por el defensor fuesen ocultados al imputado provocan una violación expresa a lo dispuesto por los artículos 21 y 22 de la ley 12.061.-

En ese sentido, el artículo 22 es contundente al decir sobre el defensor que *"Se garantizará la comunicación reservada con los asistidos o representados, evitando conflicto de interés y violación del secreto profesional. Tomará en consideración la versión de los hechos de su defendido, debiendo buscar la solución del caso que resulte técnicamente más beneficiosa para su asistido o representado. No podrá obligar al asistido a la elección de alternativas o procedimientos que deban depender de un acto libre de voluntad de éste... Los defensores públicos deberán acatar las normas reglamentarias del Servicio de Defensa Pública y sus normas ético profesionales, pero la decisión estratégica será suya"*.-

Lógicamente, si el tribunal pretendió ordenar al suscrito la ocultación de un dato esencial de la causa a su pupilo, ciertamente lo estaba obligando a violar expresamente lo establecido en éste artículo, vulnerar los tratados internacionales y la Constitución Nacional, conduciéndolo decididamente a la comisión de un ilícito.-

Nadie está obligado a obedecer una orden ilícita y mucho menos un defensor que tenía en sus manos la posibilidad que su asistido fuese condenado por el delito de homicidio simple (art. 79 C.P.),

dejándolo indefenso en uno de los extremos de la imputación.-

De hecho, el incumplimiento de las obligaciones del defensor con su asistido, pueden derivar en una sanción disciplinaria aún mayor a la impuesta por el tribunal, conforme surge del artículo 98 del ritual.-

Por otra parte, la pretensión del tribunal de responsabilizar a la defensa para que "oculte" la identidad de un testigo de cargo, colisiona lisa y llanamente con toda la normativa dispuesta para los testigos de identidad reservada.-

Efectivamente, el artículo 83 establece que el estado, representado en la persona del fiscal, es quien debe encargarse de proteger la seguridad de los testigos que depongan en interés de la víctima, preservándolos de intimidaciones o represalias.-

Aquí sin dudas, sabiendo la familia del imputado la identidad de la testigo con anterioridad al juicio, y sin perjuicio que la testigo lejos estaba de representar los intereses de la víctima, sino muy por el contrario contribuyó a la impunidad de un crimen, debió el fiscal establecerle custodia, disponer su incorporación al sistema de protección de testigos, etc., pues el estado lo ha dotado de medios necesarios para ello, pero de ningún modo el tribunal puede alterar esa situación tan clara y elemental, poniendo deberes a la defensa en detrimento de los derechos del imputado.-

Es en ese sentido, que el artículo 59 apartado segundo que establece al fiscal y no al Juez la posibilidad de recibir un testimonio de identidad reservada.-

Ello sin dudas deriva en la imposibilidad de reservar la identidad de un testigo en el debate, pues el testimonio durante la instrucción es recibido por el fiscal, pero en el juicio oral lo es por el tribunal. Si hubiese querido que la reserva fuese también en el juicio, hubiese autorizado expresamente a los jueces. Tal omisión indica un impedimento legal a los magistrados para recibir testimonios del modo referido.-

Además, el artículo 40 de la ley 12.061 establece que *"El Ministerio Público Fiscal arbitrará los medios para proteger a quienes por colaborar con la administración de justicia corran peligro de sufrir algún daño"*.-

De allí puede sostenerse sin ningún esfuerzo interpretativo quien debe encargarse de proteger a un testigo, es decir el fiscal, pero además, como ya expresamos, que el único que puede recibir una declaración bajo reserva de identidad es este sujeto procesal, no existiendo ninguna autorización legal para que un tribunal pueda hacerlo.-

En ese mismo sentido, se ha expresado Mario Alberto Juliano en un comentario al fallo aquí cuestionado, que fuera publicado en las páginas web "WWW.ELDIAL.COM" y WWW.PENSAMIENTOPENAL.COM.AR donde

con meridiana claridad dice: "El testimonio de "identidad reservada" tiene recepción legislativa en la Provincia de Buenos Aires en el art. 59.2 de la Ley 11.922 (Código Procesal Penal), que asigna como facultad del Agente Fiscal la de oír: "...a quien afirmara su condición de víctima o de damnificada por el hecho, así como a todas las personas que pudieren aportar elementos para el eficiente ejercicio de la acción penal. Las actuaciones tendrán carácter reservado y quien se presente, en las condiciones consignadas en este inciso, podrá requerir al funcionario interviniente la estricta reserva de su identidad, cuando motivos fundados así lo justifiquen"

Por su parte la Ley Orgánica del Ministerio Público (12.061) establece en su artículo 40 lo que sigue: "Protección a la víctima y protección a los testigos. El Ministerio Público Fiscal arbitrará los medios para proteger a quienes por colaborar con la administración de justicia corran peligro de sufrir algún daño". En principio, válido es decir que es político criminalmente correcto que el Estado arbitre medidas tendientes a proteger a los testigos de las consecuencias que les puede traer aparejado el cumplimiento del deber cívico de hacer saber a las autoridades competentes el conocimiento de las cosas que pudieran haber caído bajo la directa acción de sus sentidos, medidas dentro de las cuales se encuentra justificada la "reserva de identidad". Es este un modo de evitar que la acción criminal medre con la

intimidación de aquellos ciudadanos que con el aporte de sus conocimientos pudieran contribuir a la dilucidación de los delitos, frustrando la acción de la justicia. De acuerdo a la experiencia nacional e internacional, la reserva de identidad de los testigos es empleada principalmente en los casos de criminalidad compleja, tráfico internacional de sustancias estupefacientes, de niños, mujeres y personas en virtual estado de esclavitud, terrorismo, delitos relacionados con el poder, lo cual es lo mismo que decir que en nuestro país se utiliza bastante poco (dicho esto último con sorna y con tristeza), ya que lo cierto es que el sistema penal difícilmente llega a esos estratos de la criminalidad. Para asignar la reserva de la identidad y la eventual protección del Estado es preciso que los motivos que se argumentan para requerirla tengan suficiente entidad como para colocar en peligro la integridad personal o familiar del interesado, ya que en su defecto se correría el riesgo que todos los testigos que tienen que declarar en causa criminal reclamasen esa condición, ya que nunca es cómodo ni gracioso tener que comparecer ante un estrado de justicia a incriminar a un tercero, y en definitiva, nunca se podría afirmar que no se corra el riesgo de una represalia. No obstante comprender y justificar la necesidad de la protección de los testigos y su eventual "reserva de identidad", no puedo menos que señalar que una mecánica de esta índole colisiona en forma decidida con principios

fundamentales del "debido proceso legal" (derecho a la defensa, contradicción, intermediación con la prueba, preservación del estado de inocencia, publicidad), y en forma específica con los principios centrales del sistema acusatorio que rigen al enjuiciamiento bonaerense (oralidad, igualdad de armas, control en la producción de la prueba), razón por la cual dicha restricción probatoria debe encontrarse sujeta a razonables limitaciones que disminuyan su impacto con las bases constitucionales señaladas. En esta misma dirección del pensamiento se ha pronunciado el prestigioso Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, en ocasión en que se sometiese a su consideración un Proyecto de Ley sobre "Protección de Testigos y Recompensas", oportunidad en la que sostuvo: *"Los institutos proyectados son de aquellos que nos enfrentan con situaciones límites o críticas, en las que las tensiones entre la investigación y las garantías procesales se agudizan. De allí que la mirada debe ser necesariamente crítica, para detectar si la posterior interpretación de las normas puede conducirnos por caminos que el propio legislador no imaginó que jurisprudencialmente se podían recorrer. Sólo de este modo se puede evitar que los instrumentos no se transformen en nuevas realidades innecesariamente represivas o antigarantistas. Que no puede desconocerse que tanto el sistema de protección de testigos, referido concretamente a la protección de la identidad,*

como el sistema de recompensas, son dos institutos que tensionan fuertemente con las garantías constitucionales. De allí la necesidad de una razonable y acabada demostración empírica de su necesidad en el marco de nuestra realidad". Volviendo a la Provincia de Buenos Aires, la Ley 11.922 ha dispuesto como regla general que los imputados por la comisión de un delito sean juzgados en "juicio oral y público" (art. 169 Constitución Provincial), ocasión en la cual el representante del Ministerio Público Fiscal deberá exponer toda la prueba con que cuente para sustentar la Acusación, mientras que el imputado -debidamente asistido por un Defensor- tendrá el derecho a controlar la prueba de cargo y contradecirla cuando así lo estime conveniente. En este sentido, es notoriamente contrario con este sistema de enjuiciamiento el secreto de las actuaciones, mucho más aún el secreto de la prueba de cargo, lo que -como es obvio- enerva la posibilidad de ejercitar en forma acabada el derecho de defensa en juicio. De tal modo que a mi ver, la "reserva de identidad" de los testigos protegidos debe cesar por lo menos al momento de producirse la prueba, es decir, en el juicio oral y público, ocasión en la cual el imputado y su defensor deben conocer completamente los datos filiatorios de aquél testigo que lo incrimina, que es la única forma posible de poder defenderse de su embate (por ejemplo: sosteniendo que ese individuo no se encontraba en el lugar de los hechos al momento de su ocurrencia, o que tiene una relación con la víctima

que lo puede tornar parcial en sus dichos, o que, por el contrario, tiene manifiesta enemistad con el imputado y por ende certeras posibilidades de querer perjudicarlo, o que tienen juicios pendientes, o tantas otras posibilidades que puede indicar la práctica forense). Es decir, resultaría dificultoso poder defenderse de un fantasma, de un individuo sin rostro. *"Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación, en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los expedientes judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos"* (Luigi Ferrajoli, "Derecho y Razón", Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 614). Pero además -y fundamentalmente- la reserva de la identidad del testigo debe ceder ante la necesidad de defenderse, ello porque el derecho a la defensa en juicio tiene incuestionable alcurnia constitucional (art. 18 C.N.), mientras que la restricción probatoria (aún siendo merecedora de la protección que tiene) no reviste igual jerarquía, de tal modo que ante el conflicto entre ambos derechos debe privilegiarse al reconocido por la Ley de los Argentinos. Prácticas de esta naturaleza (la incriminación mediante pruebas secretas y desconocidas

para el imputado, testigos de identidad ignorada) fueron una moneda corriente en las épocas del Santo Oficio de la Inquisición, pero en modo alguno pueden ser admitidas por la justicia del Estado de Derecho, que no puede tolerar la realización de la justicia "a cualquier precio" ni de cualquier modo. Los razonamientos precedentes no quitan admitir que el peligro y la amenaza para el testigo puedan continuar una vez concluida la declaración y finalizado el juicio, circunstancias en las cuales debería recurrirse a cualesquiera de los Programas de Protección de Testigos (cambio de identidad y domicilio, traslado a otro punto geográfico, custodias especiales, medidas cautelares) que, por ejemplo, se encuentran previstos por las leyes 25.095, 25.241 y 25.764, conciliando - como corresponde- los intereses de los testigos con los de los sujetos sometidos al proceso penal. Aunque - convengamos- lo cierto es que las estadísticas no demuestran la existencia de represalias masivas contra testigos una vez que los mismos han prestado su declaración y ha desaparecido el motivo que podía generar la coacción, de tal modo que a veces los excesos de celo tribunalicios aparecen como desmedidos e injustificados. De cualquier modo, sea de la forma que sea, el Estado de Derecho no puede resistir que se oculte al imputado de un delito la identidad de los testigos de cargo bajo el pretexto que se quiera emplear, impidiéndole controlar y controvertir sus dichos sobre bases ciertas y concretas, circunstancias

en las cuales cualquier acción de la justicia se tornaría espuria e ilegítima. María Fernanda López Puleio (*"Justicia Penal y Defensa Pública. La deuda Pendiente"*, en *Defensa Pública. Pena y Estado*, año 5 nro 5, publicación del INECIP, Buenos Aires, 2002) tiene dicho que: *"Es a través del principio de contradicción que se cumple con la estricta jurisdiccionalidad del juicio. La confrontación entre acusación y defensa está garantizada normativamente, además de por la separación entre juez y acusación, por el control y participación del acusado en la actividad de formación y discusión de las pruebas, que sólo pueden garantizarse mediante su defensa técnica (nulla probatio sine defensione)"...*.-

Efectivamente, la abundante normativa internacional, constitucional y la legislación vigente impide a cualquier juzgador, ordenar al defensor guardar secreto hacia su pupilo en el juicio sobre una prueba de cargo, por lo que, de haber existido una orden en ese sentido por el tribunal "a quo," era completamente ilícita y no debía ser obedecida.-

Por lo expuesto y en virtud de la violación a la profusa normativa citada, es que solicito se revoque la sentencia atacada en cuanto sanciona al suscripto y ordena su comunicación a la Procuración y al Defensor General, sin perjuicio de poner en conocimiento de la Suprema Corte de Justicia lo actuado por el tribunal actuante, de considerarlo pertinente.-

6.- MOMENTO DE LA SANCIÓN. NATURALEZA.-

En primer término, es dable señalar que junto a las irregularidades y violaciones procesales y constitucionales expuestas, también debe adicionársele las cuestiones relativas al ejercicio del poder de policía, el que durante el transcurso de la audiencia no fue ejercido por quien corresponde, esto es el presidente. En el presente caso fue ejercido, en primer término, por uno de los jueces que no revestía tal condición (la Dra. Raverta) y luego fue adherida por los jueces restantes.-

Ello es otra flagrante violación a lo dispuesto en el artículo 349 del ritual, utilizado por el propio tribunal para fundar la imposición de la sanción.-

Asimismo, el artículo mencionado establece que las inconductas deben ser "corregidas" "en el acto", y no luego de transcurridos cinco días en la sentencia, pues desnaturalizan la esencia de ese poder de policía otorgado al presidente, cuya finalidad es la de llevar adelante el debate con normalidad y sin alteraciones, situación que nunca se dio en el caso.-

En este sentido no puede olvidarse que los "Principios Básicos sobre la Función de los Abogados", aprobados por el 8vo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990,

estableció en su punto 20 que: "Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo" y en el 16 que: "Los gobiernos garantizarán que los abogados: a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas... y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión".

Por lo expuesto, y en virtud de la grosera violación a lo dispuesto por el artículo 349 del C.P.P., solicito en forma subsidiaria se revoque la sanción impuesta y se deje sin efecto, como así también, las comunicaciones consecuentes.-

7.- DOCUMENTACIÓN NECESARIA PARA RESOLVER EL PRESENTE RECURSO (ART. 456 SEGUNDO Y TERCER PÁRRAFO, LEY 13.057) .-

Solicita esta defensa al Tribunal Criminal Nro. 2 de Azul, que recibirá el presente recurso, que acompañe copia certificada de las siguientes constancias de la causa (artículo 456 del C.P.P.):

- 1.- Acta de procedimiento de fs. 1/3 vta.-
- 2.- declaraciones testimoniales de fs. 127/128 y 230/231.-
- 3.- Resolución ordenado allanamiento de fs. 135/vta..-
- 4.- Acta de allanamiento de fs. 139/vta..-
- 5.- Orden de detención de fs. 157/vta.-
- 6.- Auto de prisión preventiva de fs. 259/261 vta..-
- 7.- Requisitoria de citación a juicio de fs. 333/340.-
- 8.- Ofrecimiento de pruebas fiscal de fs. 386/387/vta.-
- 9.- Ofrecimiento de pruebas de la defensa de fs. 392/394 vta..-
- 10.- Audiencia preliminar de fs. 430/vta..-
- 11.- Resolución del artículo 338 del C.P.P. de fs. 431/vta..-
- 12.- Resoluciones de fs. 460, 462, 463, 468/vta. y 560.-
- 13.- Presentaciones de la defensa de fs. 465 y 467.-
- 14.- Presentaciones del Ministerio Público Fiscal de fs. 461 y 559.-
- 15.- Acta de debate de fs. 561/576.-
- 16.- Veredicto y sentencia.-

17.- Reserva de recurrir en casación.-

**8.- SOLICITA APLICACIÓN DE LO NORMADO POR
LOS ARTS. 460 Y 461 DEL C.P.P..-**

a.- En caso de hacerse lugar al recurso de casación por no haber existido orden del tribunal requiriendo la ocultación de pruebas de cargo al imputado y su pronunciación en el debate, solicito se revoque la sentencia en los puntos en que ha sido cuestionada y se deje sin efecto la sanción impuesta al suscripto como así también las comunicaciones ordenadas a la Procuración de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense y al señor Defensor General de Azul.-

b.- De acogerse el presente recurso por haber excedido el Tribunal en sus funciones al efectuar una orden a la defensa de que ocultase el nombre de un testigo al imputado y su pronunciación en la audiencia de debate, solicito se revoque la sentencia atacada en los puntos cuestionados y se deje sin efecto la sanción impuesta al suscripto, como así también las comunicaciones a la Procuración de la Suprema Corte Bonaerense y al señor Defensor General de Azul y, además, de estimarlo pertinente, se ponga en conocimiento de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense lo actuado por el tribunal "a quo".-

9.- RESERVA DEL CASO FEDERAL.-

Encontrándose afectadas las garantías de orden constitucional alegadas en el presente escrito de

impugnación, hago expresa reserva del caso federal en los términos del artículo 14 de la ley 48.-

10.- PETITORIO.-

Por lo expuesto a VV.EE. solicito:

1)- Se me tenga por interpuesto el presente recurso, en legal tiempo y forma.

2)- Se declare procedente el recurso y se resuelva el fondo de la cuestión.-

3)- Oportunamente se haga lugar al recurso y se case la sentencia atacada en cuanto sanciona al suscripto con "apercibimiento" y ordena su comunicación a la Procuración de la Suprema Corte de Justicia Bonaerense y al señor Defensor general de Azul, como así también, de estimarlo pertinente, se ponga en conocimiento de la Suprema Corte de Justicia lo actuado por el Tribunal "a quo" a los fines pertinentes.

4)- Se me tenga por invocada la documental detallada en el punto 7.-

5)- Se tenga presente la reserva del caso federal

Proveer de conformidad

SERÁ JUSTICIA