

**Defensa en juicio. El control de la prueba de cargo frente a la posibilidad de incorporar por lectura testimonios brindados en la investigación penal preparatoria.**

Por Manuel Freire

**SUMARIO.**

Introducción. Definición de la garantía. Diferencias. El mecanismo de la incorporación por lectura de testimonios. ¿Hay forma de hacerlo compatible con la garantía? Doctrina de la CSJN en "Benítez, Aníbal". Lo que la Corte no dijo. Oportunidad adecuada de confrontación de la prueba de cargo y la posibilidad de que se cumpla en la etapa previa al debate. El adelanto de declaraciones testimoniales como medida restrictiva y excepcional. Casos en que podría admitirse. Conclusión.

**Introducción.**

En lo que sigue, intentaré esbozar algunos lineamientos respecto al control de la prueba de cargo no sólo desde las definiciones conceptuales de los tratados y su interpretación, sino también a partir de la aplicación práctica.

Vale aclarar que me centraré únicamente en las declaraciones testimoniales, dejando a un lado los restantes elementos de la investigación que por sus especiales características, suelen ser incorporados al debate (pericias, actas de ruedas de reconocimiento de personas, prueba documental, de informes, etc.).

**Definición de la garantía.**

Uno de los componentes de la defensa en juicio es la posibilidad de controlar y contradecir a los testigos de cargo. Esto surge de los tratados internacionales:

\* En la Convención Americana de DDHH del art. 8 inc. 2 "f"  
"f) *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia,*

*como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”;*

\* En el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el 14 inc. 3 "e".

*"e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo”;*

### **Diferencias.**

En la redacción de estos cuerpos aparece una diferencia. Mientras la Convención Americana refiere que asiste el derecho a interrogar a los testigos "presentes en el Tribunal", el Pacto, lo hace genéricamente respecto "a los testigos de cargo".

Si bien esta diferencia no parece sustancial, alguna jurisprudencia ha entendido que al expresarlo de ese modo, la Convención ha establecido un derecho que abarca sólo a los testigos presentes y no respecto de las declaraciones de aquellos testigos que se ausentan del juicio justificadamente (fallecidos o cuyo paradero se desconoce). La misma postura entiende que de igual modo debería ser interpretado el Pacto<sup>1</sup>.

Interpretar restrictivamente una garantía no parece ser la opción más plausible y acorde a los principios que deben regir la interpretación de normativa sobre derechos humanos.

---

<sup>1</sup> "El P.I.D.C.P. consagra el derecho a interrogar a los testigos de cargo, y si bien no aclara que ello sólo opera respecto de los "presentes en el tribunal", como sí lo hace la C.A.D.H., la garantía no puede sino interpretarse con este último alcance o, en todo caso, no parece prudente extenderla respecto de testigos muertos, ausentes o inhabilitados, como tampoco correspondería entender -en los mismos supuestos- conculcado el derecho a "hacer comparecer a los testigos de descargo" contenido en el mismo dispositivo legal (art. 14 inc. 3 "e" del P.I.D.C.P.), aun cuando la norma tampoco aclare que ella no resulta aplicable en aquellas situaciones de excepción" (causa C-12.349, del 18-11-2008).

Desde mi punto de vista, una correcta intelección de la norma de la Convención, nos debe llevar a entender que se hace referencia a los testigos "presentes en el Tribunal", en razón de que la garantía cobra relevancia y *debe hacerse efectiva* durante la etapa del juicio, por ser éste el momento en el que se produce la prueba que el tribunal valorará en la sentencia. La presencia del órgano de prueba en el tribunal da cuenta de la "inmediación", atributo propio del juicio oral (a contrario del proceso escrito en el que, en virtud de la delegación, el testigo no depone ante el tribunal que decide, sino ante el funcionario que el investigador designe). La garantía asegura de este modo el control probatorio por los interesados en el momento en el que resulta sustancial: el juicio; y si no lo hace en etapas previas es porque se entiende que sólo el juicio proporcionará base probatoria válida para imponer una pena. Al control probatorio lo completa su contracara: la posibilidad de producir prueba de descargo, facultad que también asegura la Convención cuando -de seguido y en la misma manda- consagra el derecho a obtener la comparecencia "*como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos*". Estos dos preceptos -controlar y producir prueba-, integran el derecho de defensa que asiste al imputado durante la tramitación del proceso, pero que necesariamente durante el juicio, en virtud del principio de igualdad de "armas" o equiparación de facultades entre partes, deviene en garantía de ineludible observancia.

A continuación veremos cuándo, la valoración de testigos no presentes en el tribunal es válida como prueba según las reglamentaciones procesales y lo confrontaremos con los principios que integran el bloque constitucional.

## **El mecanismo de la incorporación por lectura de testimonios.**

La mayoría de los códigos procesales prevén ciertos mecanismos a través de los cuales, determinados elementos de la investigación preliminar, pueden luego -sin producirse en el juicio- integrar la prueba hábil para el dictado de la decisión final.

Se trata de actos que por su naturaleza intrínseca una vez realizados son irrepetibles, y por lo tanto se establece legalmente la posibilidad del control por los sujetos procesales interesados, al momento de su realización. Algo parecido sucede con los llamados "anticipos extraordinarios de prueba", supuestos en los que se adelantan las formas del contradictorio a fin de que las partes intervinientes en el proceso participen de la realización de elementos de convicción que necesariamente no pueden demorarse en su producción<sup>2</sup>.

Resta señalar que, tratándose de un derecho disponible, ante el acuerdo de partes no existe ningún tipo de inconveniente para que cualquier elemento de la investigación pase a formar parte del plexo probatorio del tercero juzgador, evitando de tal modo su desarrollo durante el debate.

---

<sup>2</sup> En el Código procesal bonaerense, esa normativa se recepta en el artículo 274, cuando establece que: "las partes podrán requerir al Juez de Garantías que realice un adelanto probatorio cuando deba declarar una persona que por grave enfermedad u otro obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate. Si el Juez no considera admisible el acto, deberá rechazarlo por auto fundado. En caso contrario, el Juez citará a las partes, quienes podrán asistir con todas las facultades y derechos previstos para el debate. El imputado privado de su libertad será representado por su Defensor, salvo que pidiera intervenir personalmente. En todos los casos, se labrará acta conforme lo dispuesto por este Código, la que será suscripta por el Juez actuante, el Secretario del Juzgado, las partes y demás intervinientes que correspondiere". De forma similar, el art. 200 del Código de Procedimientos de la Nación, cuando en la segunda parte del primer párrafo, postula que "...lo mismo que (los actos definitivos e irreproducibles) a las declaraciones de los testigos que por su enfermedad u otro impedimento sea presumible que no podrán concurrir al debate...".

El inconveniente con la garantía antes definida aparece cuando esos elementos de la investigación, que no tuvieron el debido control de la defensa, son incorporados pese a la oposición de la misma.

En lo que hace a las declaraciones testimoniales, los códigos procesales por lo general prevén el instituto que autoriza a incorporar la declaración aún con oposición de la defensa, de quien no concurre al debate y resulta imposible hacerlo comparecer o declarar (porque falleció, porque se desconoce su paradero o porque resultó inhabilitado<sup>3</sup>).

Ello aparece en la legislación como una legítima excepción a la oralidad o a la inmediación<sup>4</sup> que debe tener la prueba y el fundamento de este mecanismo radica, para algunos, en el principio de "búsqueda de la verdad real o histórica"<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> En el código procesal penal de la provincia de Buenos Aires, en el artículo 366, cuando en su cuarto párrafo indica que se podrá incorporar como excepción "la declaración de quien, al momento de llevarse a cabo la audiencia, hubiese fallecido, se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar o se encontrare ausente sin poderse determinar su paradero a condición de que tal circunstancia sea comprobada fehacientemente". Similar disposición está regulada en el art. 391 inc. 3ero. del código de procedimientos en materia penal nacional.

<sup>4</sup> Para Vélez Mariconde se trata de una excepción al principio de oralidad (Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t II, 3era. Edición, Lerner, Córdoba, 1981, p. 189 y ss), mientras que para Ricardo Núñez no se prescinde de la oralidad sino de la inmediatez del testigo al tribunal, desde que los testimonios escritos se introducen oralmente al debate (Núñez, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Pcia. de Córdoba anotado*, Lerner, Córdoba, 1978, pág. 374) -cit. por Llera, Carlos Enrique *La incorporación por lectura de declaraciones testimoniales recibidas en la instrucción sin control de la defensa*, La Ley-2010-D, 722.

<sup>5</sup> "La excepción contenida en el inc. 3° de la norma referida [art. 391], es una consecuencia directa del principio fundamental de la búsqueda de la verdad real o histórica que domina el procedimiento penal, y que impone a los Tribunales de Justicia el deber de incorporar al debate todo elemento de prueba o dato objetivo que haya sido introducido legalmente al proceso y que sea susceptible de producir en el nimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto, o por lo menos probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva" (causa N° 1391 caratulada "Pazos, Juan Carlos y otros s/recurso de casación", reg. N° 596/98, rta. el 28/12/98, Sala III Cámara Nacional de Casación Penal).

Sin embargo, como veremos a continuación, son muchas las voces que desde hace tiempo encuentran la colisión con la garantía del imputado de interrogar a los testigos de cargo.

### **¿Hay forma de hacerlo compatible con la garantía?**

#### i. Constitucionalidad de la incorporación por lectura de testimoniales con oposición de la defensa

Como ya fuera señalado, la incorporación por lectura de testimoniales sin control de la defensa ha sido aceptada por algunos tribunales nacionales como una excepción a los principios de inmediación, contradicción y oralidad que rigen la recepción de la prueba en el debate, con fundamento en "la búsqueda de la verdad real o histórica", que impone al juez el deber de incorporar todo elemento de prueba obtenido en forma legal, entendida ésta como el cumplimiento de las formas procedimentales previstas.

En esa inteligencia, si bien los Pactos Internacionales reconocen el derecho a interrogar a los testigos, este debe armonizarse con el conjunto del ordenamiento jurídico interno, siendo el procedimiento de incorporación por lectura que prevén los códigos procesales la reglamentación idónea de tal derecho, en la que se disponen excepciones a la oralidad e inmediación, las cuales no resultan arbitrarias ni contrarias a un derecho consagrado constitucionalmente<sup>6</sup>.

En esa sintonía también se inscribe parte de la jurisprudencia de la provincia de Buenos Aires, en la que se argumenta que la Constitución y los tratados no sostienen derechos y garantías que revistan carácter

---

<sup>6</sup> Tal es la postura de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, que surge entre otros, del fallo citado en la nota 5, y que es analizado pormenorizadamente por Sabrina Namer en su trabajo *Abasto vs. Novoa: dos posturas encontradas sobre la posibilidad de incorporar al debate, por lectura y sin el consentimiento de las partes, declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción*, La Ley, 2000-F, 910.

absoluto, pues están sujetos a las reglamentaciones que las leyes procesales hagan de ellos, con la sola condición de que éstas no los alteren ni supriman mediante una regulación irrazonable o manifiestamente inequitativa, todo lo cual se deduce del principio de razonabilidad (art. 28 CN). Asimismo sostienen que los tratados en cuestión establecen una serie de derechos y garantías pero no pueden fijar pautas para los supuestos en concreto, pues no amputan al Estado de su soberanía en el dictado de leyes sino que sólo marcan parámetros para el respeto de derechos humanos. Las leyes de forma representan la intención del legislador local sobre el particular, al acercar un intento de reglamentación para dilucidar el alcance que debe darse<sup>7</sup>.

Pero ¿es posible reglamentar en contra de lo que la Convención Americana de DDHH y el Pacto en definitiva prohíben?

En la vereda opuesta encontramos distintas voces.

ii. Inconstitucionalidad de la normativa que permite la incorporación de testimoniales por lectura sin control de la defensa:

Para el profesor H. Mario Magariños cuando la reglamentación del art. 391 inc. 3ero. del Código Procesal Penal de la Nación, permite incorporar testimonios de cargo sin el control de la defensa, se conculca lo dispuesto por los arts. 18 de la Constitución Nacional y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y su declaración de inconstitucionalidad se impone dado que no resulta posible -sin prescindir lisa y llanamente de la letra de la ley- efectuar una exégesis tal de la norma en cuestión que permita entender que ésta exige la

---

<sup>7</sup> Grappasonno, Nicolás *Un destacado fallo del Tribunal de Casación sobre la incorporación de testimonios escritos al debate oral sin desmedro del derecho de defensa en juicio*, publ. en LLBA 2008 (abril), 255, comentario a fallo del Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Buenos Aires, Sala II, sent. del 04-09-2007 "M.W.E".

verificación de las condiciones impuestas por las normas fundamentales (que la defensa material y técnica haya podido ejercitarse) para la incorporación por lectura al debate de declaraciones testimoniales de cargo, prestadas durante la instrucción por personas que hubieren fallecido, estuvieren ausentes del país, se ignorare su residencia o se hallaren inhabilitadas para declarar<sup>8</sup>.

Al respecto el profesor Marcelo Sancinetti refiere, no obstante compartir los argumentos de fondo, que la declaración de inconstitucionalidad resulta innecesaria puesto que es suficiente con proclamar la exclusión de la base probatoria de toda prueba de cargo que el acusado o su defensor no hayan podido controlar<sup>9</sup>.

### iii. Invalidez de las sentencias que valoran testimonios incorporados sin control de la defensa

En sintonía con la última postura reseñada pero sin llegar a la declaración de inconstitucionalidad del instituto, nutridos fallos de tribunales nacionales con fundamento en la vulneración del derecho reconocido en la Convención, han declarado la invalidez de condenas que se apoyaron en testimonios de testigos "no presentes" en el tribunal, y que fueron incorporados por lectura al plexo de pruebas sin control de la defensa<sup>10</sup>.

También se registra la misma doctrina en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, donde se encuentran precedentes que confirman esta línea interpretativa<sup>11</sup>. Se señala que cuando se trate de un testimonio sobre el que la defensa no ha tenido la posibilidad de confrontación, se encuentra vedada su posibilidad de incorporación como

<sup>8</sup> "Alfonzo, Cristian D. s/robo con armas", causa N° 307/414, TOC 23 Ciudad de Bs. As. resuelta el 7 de marzo de 1997.

<sup>9</sup> Sancinetti, Marcelo A., *Análisis crítico del caso "Cabezas"*, T II, Ad Hoc, Bs.As., 2002, pg.880.

<sup>10</sup> "Abasto Héctor J. s/recurso de casación", causa N° 2073, reg. 2602, sala I, resuelta el 11 de febrero de 1999. Sobre el fallo puede leerse el trabajo de Sabrina Namer citado en la nota 6.

<sup>11</sup> "Dicesare, Alejandro s/ Rec. De Casación", causa n° 5249, Reg. de Pcia. N° 20.023, rta. El 17-07-09).



prueba y por tanto su valoración como parte del plexo de cargo. En consecuencia también se excluye la prueba testimonial que se incorpora sin control, sin declarar la inconstitucionalidad del precepto que lo justifica (art. 366 del CPPBA).

Se trata de una clara aplicación de la regla de la exclusión probatoria que tal como lo indica esta doctrina y su extensión ("poisoned tree fruit"), no debe admitirse prueba que se haya producido u obtenido mediante afectación a garantías constitucionales. De allí que, el pedido de incorporación por lectura de un testimonio no debe ser admitido por no superar el *test de pertinencia*<sup>12</sup> si se comprueba que la defensa o el imputado no pudo ejercer sobre el mismo su derecho de confrontación. Deviene correcto entonces que, admitido un testimonio en tales términos por parte del Tribunal de juicio y utilizado en la fundamentación de una condena, se genera un agravio efectivo y subsistente que debe ser reparado por el órgano revisor, excluyendo del plexo probatorio utilizado por el inferior dicha testimonial y verificando si, con los restantes elementos cargos es posible que el veredicto de condena quede en pie.

En el ámbito internacional existen precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)<sup>13</sup>, que han reconocido que toda la evidencia debe producirse en presencia del acusado en un juicio público regido por el principio adversarial. Sin embargo, ello no significa que esté proscripta la utilización de prueba recogida en el

---

<sup>12</sup> Para ver este tema con mucho mayor detalle se recomienda la obra de Nicolás Schiavo, *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad*, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2013; en particular pgs. 42 a 49, cuando se refiere a la "incorporación por lectura y el juicio de relevancia".

<sup>13</sup> La Convención Europea de Derechos Humanos establece en su artículo 6to.: "Garantías procesales. [...] 3. Todo acusado tiene como mínimo, los siguientes derechos: [...] d) interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la convocatoria de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo."

procedimiento de investigación preparatoria; mas eso es lícito bajo la condición de que hayan sido respetados los derechos de defensa. Como regla, estos derechos requieren que al acusado deba dársele una oportunidad apropiada para desafiar y cuestionar "al testigo de cargo", en el momento en que este estaba haciendo su declaración o en alguna fase posterior (doctrina del caso "Kostovski", con cita de los casos "Unterpertinger" y "Barberá y otros"<sup>14</sup>).

En el caso "Saïdi" el TEDH reiteró la doctrina en la que establece como regla que el acusado debe tener "una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o a cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra".

En el ámbito americano, la Corte Interamericana en el caso "Castillo Petruzzi c. Perú" del 30/5/1999, a la par de reconocer la jurisprudencia del TEDH, admitió la prerrogativa de "examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa".

Pero, ¿qué ha dicho la Corte Nacional al respecto?

### **La doctrina de la Corte Suprema de la Nación a través del fallo "Benítez, Aníbal" (2006). Lo que la Corte no dijo.**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de interpretar la garantía del imputado de interrogar a los testigos de cargo, frente a los mecanismos de incorporación por lectura (en el caso, frente al del art. 391 del CPPN) en el fallo "Benítez, Aníbal" (2006).

Entre los antecedentes del caso, puede destacarse que Aníbal Leonel Benítez había sido condenado en primera instancia como autor penalmente responsable del delito de

---

<sup>14</sup> La cita y análisis de los casos del TEDH fue extraído de la obra de Marcelo A. Sancinetti ya citada, la que se basa en este punto, en un trabajo de Nicolás Schiavo titulado *La reproducción por lectura de las declaraciones en el debate*. Para un estudio deberá remitirse a las págs. 831/874.

lesiones graves, calificado por haber sido cometido con un arma de fuego (arts. 41 bis y 90 C.P.), a la pena de dos años y seis meses de prisión y costas.

Lo trascendental fue que al juicio no comparecieron ni la víctima ni varios testigos de cargo, entre los cuales se encontraba quien fuera coimputado de Benítez y luego desvinculado del caso, cuya presencia en el debate había sido requerida por la propia defensa de Benítez.

Desconociéndose el paradero de los mismos, sus testimonios se incorporaron por lectura con base en la norma procesal que así lo autoriza (art. 391 CPPN).

Frente a la sentencia de condena antes indicada, la defensa interpuso recurso de casación el cual fue rechazado por esa instancia, como así también el extraordinario, accediendo a la Corte Suprema de la Nación merced un recurso de queja. Alegó que en el juicio no se había producido elemento de cargo alguno en forma debida, pues el tribunal había incorporado por lectura la totalidad de la prueba dirimente ya que el debate se realizó en ausencia de la víctima, de los testigos y de su coprocesado, y que las constancias remanentes discurrían en derredor de las testificaciones del personal policial que previno, las que también tuvieron que ser leídas para ayudar su memoria. Concluyó en que resolver de ese modo importó la violación de los derechos de defensa en juicio, del debido proceso, y de interrogar o hacer interrogar a los testigos que consagran los artículos 18 de la Constitución Nacional, 8.2.f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.3.e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (cfme. relato de antecedentes realizado por el Procurador General).

En primer lugar, puede leerse que el máximo Tribunal destacó que las declaraciones que se incorporaron con oposición de la defensa, habían sido prestadas mientras

Benítez "aún no había sido habido" (considerando 7°). Vale decir que, el control de los testigos que depusieron durante el sumario fue imposible para Benítez, puesto que las testimoniales de cargo que constaban en el expediente fueron prestadas previa adquisición de calidad de imputado por parte de éste.

Más adelante, en oportunidad de desestimar los argumentos expuestos por el inferior, indicó que *"la invocación de la 'imposibilidad' de hacer comparecer al testigo no bast(a) para subsanar la lesión al debido proceso que significa que, finalmente, **la parte no haya tenido siquiera la posibilidad de controlar dicha prueba**"* (el resaltado me pertenece).

Luego se citó jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ("Castillo Petruzzi c. Perú") para señalar que el ese organismo *"consideró relevante la circunstancia de que la defensa no hubiera podido conainterrogar a los testigos ni durante la instrucción ni con posterioridad..."*.

Finalmente, debe destacarse la mención que se realiza respecto a que "el tribunal de juicio fundó la sentencia de condena en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar" (del considerando 11°).

No hay dudas que, de acuerdo a las particulares circunstancias que presentó este caso, las declaraciones de los testigos que no acudieron a juicio nunca pudieron ser controladas por el imputado en ocasión en que fueran prestadas -durante el sumario-, puesto que en ese entonces, Benítez no había sido habido. En consecuencia, frente a tal escenario, forzoso es concluir que la posibilidad de control de la prueba de cargo por parte del imputado fue de imposible cumplimiento.

Sin embargo este particular matiz puede ser determinante a la hora de intentar trasladar y aplicar el precedente a supuestos que no posean estos ribetes.

El estándar para verificar si la garantía se vio o no afectada, podría construirse a partir de constatar en cada caso, si ha existido una "posibilidad" por parte de la defensa de controlar dicha prueba, aceptando como válida una oportunidad otorgada durante la instrucción.

Lo deseable hubiera sido que la Corte definiera qué debe entenderse por "oportunidad adecuada" para que la defensa pueda interrogar al testigo de cargo, de manera tal de evitar posibles lecturas restrictivas de la garantía.

De cualquier modo, se podría concluir entonces que, conforme las circunstancias fácticas del caso analizado por la Corte, la vulneración a la garantía se verifica **únicamente** si la defensa no tuvo **siquiera la posibilidad** de confrontar a los testigos de cargo, **ni durante la instrucción ni durante el juicio**. Y ante la falta de definición de cuál es la **oportunidad adecuada**, habrá que analizarlo caso a caso.

### **Oportunidad adecuada de confrontación de la prueba de cargo y la posibilidad de que se cumpla en la etapa previa al debate.**

El meollo de la cuestión será entonces desentrañar primero cuándo es adecuada una oportunidad de interrogación, para luego verificar si en el caso en concreto la defensa tuvo expedita la posibilidad de ejercer ese derecho.

Esto puede traer un panorama ciertamente variopinto, ya que, si como en "Benítez", el imputado no había sido habido mientras los testigos declaraban, es indudable que la posibilidad de control, más allá de lo opinable, objetivamente no estuvo. Pero por el contrario, podría

sostenerse que si el imputado, estando a derecho, tuvo conocimiento de las declaraciones testimoniales de cargo durante la instrucción, y omitió confrontarlas, el hecho de que luego se incorporen con oposición de la defensa mediante -supóngase por encontrarse en un supuesto de fallecimiento del imputado procesalmente justificado-, no vulneraría la garantía en cuestión, desde que al menos durante la instrucción dicha posibilidad existió<sup>15</sup>.

A ello podría responderse que es una carga del Estado la de dar oportunidad de interrogación, y no de la defensa el crear esa oportunidad antes del debate<sup>16</sup>.

Ahora bien, supongamos que el Estado otorgó aquella posibilidad de interrogación, notificando al imputado y a su defensor de la realización del acto (v.gr. tal como sucede con la realización de pericias), ¿qué pasaría si el imputado, no obstante la notificación no concurre ni tampoco lo hace su defensa?

Con fundamento legal, podremos decir que ante la no concurrencia injustificada al acto por parte de la defensa, será válida su incorporación al juicio<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Esta posición parece ser la que asume, entre otros, la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, cuando afirma que "...si luego de conocido el contenido inculpatario de algún testimonio recibido sin control de la Defensa, ésta no plantea objeción o nulidad alguna ni demuestra interés en interrogar al declarante pese a que su eventual muerte, ausencia o inhabilidad frustrarían definitivamente su derecho; no podrían entonces estimarse infringidas las aludidas normas de rango constitucional, porque la parte habría tenido en aquella etapa procesal posibilidad efectiva de interrogar al testigo precisamente hasta el momento de su muerte, desaparición o inhabilitación" causa "M.W.E", sent. del 04-09-2007.

<sup>16</sup> García, Luis M., *El principio de igualdad de armas y los nuevos requerimientos*, en "Prudentia", Ed. UCA, nro. 50, 1999, p. 89.

<sup>17</sup> "La condición de validez para que esa modalidad de actos procesales ingrese legítimamente al debate, es que la defensa haya sido notificada antes de su realización. Ello con independencia de la conducta que asuma la defensa, esto es si debidamente anoticiado concurre o no lo hace (art. 201). La condición de validez es la notificación previa y fehaciente a la defensa por quien tiene a cargo la instrucción (juez o fiscal de iure proprio o por delegación), no la efectiva asistencia de la defensa técnica", Carlos Enrique Llera, trabajo citado.

Entonces, como una primera aproximación podríamos sostener que siempre que la defensa haya sido notificada antes de su realización, la testimonial de cargo podrá incorporarse al juicio en los supuestos legalmente previstos, pues de tal modo la condición de validez de la garantía estará cumplida.

No obstante ser correcta la inteligencia dada a la garantía, veamos ciertas hipótesis que en la práctica podrían gestarse:

a. el Ministerio Público Fiscal a fin de aventar cualquier futuro planteo de afectación del derecho, notifica a la defensa previo a tomar una declaración testimonial de algún testigo que considera de esencial importancia para la hipótesis de cargo. Así, ante una eventual incorporación por lectura justificada por la imposibilidad de hacerlo comparecer al juicio, el agravio que esgrimiera la defensa por no haber podido interrogar al testigo podría rechazarse en virtud de que la posibilidad de control se consagró, aunque más no sea en la etapa previa al juicio con el anoticiamiento de la testimonial llevada a cabo.

b. la defensa -ante la eventual posibilidad verse impedida de interrogar al testigo de cargo con una incorporación de su testimonio procesalmente justificado-, exige, al momento de ser notificada de la testimonial a llevarse a cabo, contar con un mínimo de tiempo -entrevista previa con su defendido mediante o contando con la presencia de este en el acto- a fin de trazar la estrategia a aplicar en el examen del testigo. Desde el rendimiento otorgado a la garantía, debería ser esto atendible puesto que podría tratarse de la única oportunidad adecuada de interrogar al testigo de cargo.

Veamos ahora las posibles consecuencias de aplicar esta interpretación:

\* Se atenta contra la desformalización de la investigación penal preparatoria<sup>18</sup>.

\* Lo que hoy resulta una excepción (los llamados "adelantos extraordinarios de prueba") se convertiría en la regla, por lo menos para aquellos testimonios que aporten información importante para sustentar los extremos de la imputación.

\* Se impide que el centro de gravedad sea el debate, para desplazar el eje de discusión a la investigación, dilatando la decisión final y fragmentando la prueba, ya que más allá del control de las partes, la producción se realiza ante un juez que no es quien toma la decisión final, con lo que el tribunal decisor no gozará de la inmediación de la prueba y en tal sentido deberá valorar testimonios de inferior calidad (actas escritas).

\* Se burocratiza aún más el sistema y se generan más gastos de recursos institucionales en la producción de diligencias formalizadas.

\* Se prolongan aún más la de por sí alongadas investigaciones penales preparatorias.

En palabras del Prof. Dr. Herbel, en la medida que se potencie la formalización de la investigación, "la vieja instrucción judicial vuelve, para engullirse al plenario oral"<sup>19</sup>.

Con lo dicho se ilustran posibles consecuencias -entre muchas otras- que esta interpretación de la garantía podría generar en una práctica judicial que mantiene bien arraigada la cultura del proceso escrito.

---

<sup>18</sup> Para comprender acabadamente este fenómeno, recomendamos Herbel, Gustavo A.; "La desformalización de la investigación penal preparatoria (un objetivo central del nuevo sistema procesal penal bonaerense)", publicado en "El Derecho", diario de jurisprudencia y doctrina de la Universidad Católica Argentina, dirigido por el Dr. Mahiques, Año: XL, N° 15.587, del 13 de septiembre de 2002.

<sup>19</sup> Cfme. obra cit.



Es que las interpretaciones también deben atender a las posibles o probables consecuencias de su aplicación práctica.

### **Utilización restrictiva y excepcional del adelanto de declaraciones testimoniales.**

Bajo los lineamientos del sistema acusatorio y adversarial, podemos sostener que una "oportunidad adecuada" no es otra que aquella en la que rijan los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, siendo que los códigos procesales prevén una única oportunidad que cumple con esos condimentos: el juicio oral.

Excepcionalmente también se pueden extender -en forma parcial- algunos de estos presupuestos a los llamados anticipos o adelantos extraordinarios de prueba a los que ya nos referimos (o a los casos de declaraciones de menores víctimas o testigos de ilícitos, que lo hacen por única vez bajo condiciones especiales que resguarden su psiquis - cámara Gesell- y que son documentados por medios técnicos para poder ser reproducidos audiovisualmente en el juicio) en los cuales si bien no hay publicidad, se cumple con el debido control de las partes, y con la posibilidad adecuada del examen de la prueba por la defensa.

Lo definitorio entonces será que el poder de confrontar al testigo de cargo esté garantizado y esto se logrará a través de asegurarle al acusado y su defensor la posibilidad de presenciar el interrogatorio de la contraparte y a su vez, realizar el propio (el conocido "cross examination").

El inconveniente de que el examen de un testigo tenga lugar en una etapa previa al juicio es que el tribunal llamado a dictar sentencia no obtendrá inmediación de esa prueba. Naturalmente, al desarrollarse el adelanto de

prueba durante la investigación, otro funcionario judicial distinto del tribunal y con diversa finalidad, participará del acto (no ya para definir el litigio sino para dirigir y controlar la legalidad del acto).

En este sentido, si bien el control por parte de la defensa estará asegurado, la calidad de la litigación se verá afectada, pues claramente estará condicionada por el modo de realización del acto (fragmentado del resto de pruebas a producirse en el juicio) y por el órgano que recibe la información que aporta el testigo (distinto del que luego la valora para definir el caso).

Es por ello que estas medidas están previstas por las legislaciones procesales como excepcionales, y así deben ser utilizadas, además de que, en lo posible debería establecerse como obligatoria su registración por medios técnicos (grabación audio-visual) que permitan su recreación en el juicio con el mayor detalle y realismo.

Pues, el informe escrito firmado por el testigo que se incorpora por su lectura, no sólo priva a los jueces y a las partes de la inmediación durante el juicio sino que además llega deformado, pues no es posible ponderar el conjunto de circunstancias que rodean y que en definitiva "componen" al testimonio.

Con la exhibición a través de audio e imagen de un testimonio, los déficits de la escrituralidad se ven en gran medida atenuados al permitírsele a las partes y al tribunal, contar con el relato oral, que en la comunicación humana se acompaña con gestos o ademanes y/o de cualquier otra acción que la conforme y que contiene una eficacia completamente superior a la de la palabra escrita (que además, conviene aclarar, está mediatizada por el funcionario que vuelca lo que interpreta que el testigo dice).

A contrapelo de lo expuesto en el título anterior, si se entiende que sólo el juicio oral resulta ser el ámbito idóneo para que la defensa ejerza su derecho a interrogar a los testigos de cargo y hacer comparecer a los de descargo y a toda otra persona que pueda arrojar luz sobre los hechos, y se extiende en la práctica, a la vez de ser la más interpretación más coherente con el sistema procesal penal constitucional, generaría aportes directos e indirectos para el acortamiento de los plazos.

Es sabido que la deuda de nuestro sistema judicial sigue el tiempo que demanda la tramitación de los expedientes. La oralidad plena no se ha podido efectivizar ni siquiera en aquellos códigos que mayores herramientas poseen (v.gr. el de la provincia de Buenos Aires)<sup>20</sup>. Tanto mencionada oralidad, como la informalidad y el acortamiento de los plazos, se enfrentan con la necesidad que tienen los investigadores de documentar todos los elementos convictivos para poder motivar y fundar los pedidos de aplicación de medios de coerción, que una vez dispuestos en forma "cautelar" exceden todo límite razonable.

También, frente al escenario de que el juicio tenga lugar muchos años después, los investigadores bien prefieren recurrir a la escrituralidad y dejar preservada la existencia de los elementos de cargo recogidos en la investigación para asegurarse el éxito de la acusación en la etapa de juicio.

Si una interpretación amplia de la garantía en análisis se extendiera a todos los operadores del sistema y por ende se comprendiera que la única oportunidad válida para que los elementos de convicción con los que debe decidirse el caso **necesariamente tienen que producirse y**

---

<sup>20</sup> Granillo Fernández, Héctor - Herbel, Gustavo *Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires comentado y anotado*. 2da. edición T I, p.85, 86, ed. La Ley, 2009.

**transformarse en prueba en el marco del debate del juicio oral, público, acusatorio y contradictorio, entonces:**

\* los investigadores podrían redireccionar los esfuerzos que destinan a documentar cada testimonial durante la investigación, hacia el logro de un juicio oral inminente donde poder producir la mejor calidad de prueba que posibilite el éxito de la acusación;

\* la defensa tendría la certeza de que ningún elemento que obtenga su contraparte durante la investigación ingresará al plexo probatorio sin su control y por ende no deberá intervenir constantemente dilatando la investigación en pos de evitar que la suerte de su defendido quede sellada definitivamente en la etapa preliminar;

\* los jueces del tribunal deberán decidir el conflicto penal con base en las probanzas que se produzcan en el juicio, a sabiendas de que sólo excepcionalmente recibirán elementos ya producidos en la investigación, pero que sólo ingresarán por acuerdo de partes, o con el debido control en su realización (pericias, ruedas de reconocimiento, etc.). De manera que se evitarían incidencias previas de nulidades sobre los elementos de la investigación que muchas veces, se retrasan la etapa intermedia y generan adelantos de opinión de los juzgadores.

Es cierto que ha habido avances en este sentido: los procedimientos que, en base a la relativa sencillez investigativa que demanda su tramitación concentran los plazos y etapas en pocos actos que cumplan con estos lineamientos (léase procedimiento de flagrancia, instrucción sumaria, juicios directísimos). A la vez de asegurar las garantías constitucionales y el proceso adversarial, han permitido el acortamiento y definición de expedientes penales relativamente sencillos.

Sin embargo la cultura escrita sigue vigente en lo esencial y mantiene su presencia en institutos como el de la incorporación por lectura de testimonios.

### **Casos en que podría admitirse.**

La Corte, sostuvo que "lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual, bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado" (-considerando 13-, "Benítez").

En otras palabras, el mecanismo de incorporación por lectura puede resultar admisible siempre que lo que se incorpore al proceso **haya podido ser controlado previamente por la defensa**, ya que una vez que ingresó al juicio oral, no hay límites para su utilización por las partes y para la valoración por el tribunal.

Sin embargo ya vimos que, aún a pesar de ser loable la finalidad (la de asegurar la posibilidad de control de las testimoniales por parte de la defensa), el trasladar el contradictorio del juicio a la etapa de investigación por fuera de los casos de particularísima excepcionalidad, genera más costos que beneficios, además de contrariar los lineamientos del sistema adversarial y mantener latente la cultura escrituraria.

### **Conclusión.**

Por todo lo dicho, el estándar más eficiente de la garantía resulta aquel por el cual sólo se acepte al juicio oral como la oportunidad para receptar testimoniales como elemento de prueba y se restrinja la posibilidad de adelantar testimonios a etapas previas bajo similares parámetros, sólo en casos de excepcionalidad manifiesta.

Fuera de los adelantos de testimonios legalmente tasados, la incorporación por lectura de aquellas testimoniales recogidas durante la investigación **sólo serán viables con acuerdo de partes, de lo contrario su incorporación no podrá admitirse, sin que corresponda entender que la notificación de la defensa previo a la testimonial tomada antes del juicio, subsane la incomparecencia del testigo al debate.**

Si se comparten estos argumentos, los mecanismos de incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales que aún resisten en el sistema del código procesal nacional y en el la provincia de Buenos Aires (a los que nos hemos referido) serán papel mojado, o mejor aún, letra muerta<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> **letra ~ muerta.1.** f. Escrito, regla o máxima en que se previene algo que ya no se cumple o no tiene efecto. U. más refiriéndose a leyes, tratados, convenios, etc. *Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, www.rae.es*