

LA INCORPORACION POR LECTURA EN EL DEBATE ORAL

Nicolás SCHIAVO

El Fallo “Abasto” dictado por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, ha generado un sinnúmero de controversias sobre los reales alcances de dicho pronunciamiento, y en particular sobre la interpretación que merece el art. 591 del C.P.P.¹.

Ciertamente si bien el fallo contiene un germen de justicia intuitiva, que deriva finalmente en que el pronunciamiento pueda ser calificado como justo, poco ayuda a su entendimiento la deficiente claridad de los argumentos que levanta para decretar la nulidad del juicio oral, y aquellos que están definidos, no pueden ser válidamente sostenidos.

Para ello veamos el caso y que se dijo al respecto:

a)Fallo Abasto: El Sr. Héctor Abasto fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 19 de la Capital Federal, a una pena de siete años de prisión, accesorias leales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de amenazas coactivas en concurso real con violaciones reiteradas (dos hechos), en contra de B.G. y M.Z.S. (esta última su esposa).

Contra dicha sentencia la defensa interpuso recurso de Casación argumentando que se había violado el derecho de defensa en juicio por cuanto el Tribunal de juicio tuvo por ciertas las declaraciones de M.Z.S., sin valorar sus rectificaciones posteriores, como así también por cuanto las declaraciones de aquella y de B.G. fueron reproducidas por lectura toda vez que los testigos damnificados se habían trasladado a vivir a Bolivia.

En tal sentido la Sala I del Tribunal de Casación, haciendo especial énfasis en el inc. 2º letra F del art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 14 inc., 3 letra C del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados a la C.N. sostuvo el carácter constitucional del derecho del imputado “ a interrogar o hacer interrogar a los testigos presentes en la audiencia principal”. Como precedentes fueron a su vez citados los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Unterpertinger” y “Bonish”.

Por estos motivos se decreto la nulidad del juicio y se remitió la causa a los fines que se realice otro proceso donde sea respetado el derecho de defensa.

Como se dijo al inicio, este criterio resulta parcialmente coincidente con el aquí propugnado, por cuanto de todas formas alcanza una solución

¹ En tal sentido véase Rubén Raúl DARAY, Revista Prudentia Iuris n° 53, La incorporación de prueba al debate.

justa, pues ciertamente se violó la defensa en juicio, pero lamentablemente condiciona dicha violación a que la prueba incorporada por lectura haya sido efectivamente valorada por el Tribunal Oral sentenciante.

A nuestro entender, si la prueba resulta o no determinante es una cuestión secundaria, pues toda prueba producida en el debate o reproducida en el mismo por lectura, integra el juicio del Magistrado, aunque luego no se realice o concrete en la sentencia. Desde este punto de vista, toda prueba es determinante para causar una impresión de los hechos, por ello si objetivamente la prueba no pudo ser en ningún momento controlada por la defensa, la misma debe excluirse del plexo probatorio y vedarse su reproducción por lectura en el debate, en definitiva la consideración de su resulta o no determinante sólo puede ser "objetivamente verificado "con su exclusión".² Solamente en caso de absolución podrá argumentarse que la defensa carece de perjuicio sobre la violación a la defensa en juicio existente.

En cuanto a los fallos mencionados por la Sala I del Tribunal de Casación, cabe decir que solo *Unterpertinger* tiene directa relación al caso, pues *Bonish* en realidad se centra sobre que debe ser entendido por "testigo" (en este caso se trataba de un perito),³ término ampliado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a cualquier persona que declara en juicio dando evidencia incriminante.

En realidad los casos dictados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que permiten alcanzar un mayor entendimiento de la garantía, son además de *Unterpertinger*, los siguientes: *Barbera- Messegue y Jabardo*(1988); *Kotovski* (1989); *Asch* (1990); *Delta* (1990); *Windisch* (1990); *Isgro* (1991); *Artner* (1992); *Saidi* (1993).⁴

Si bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llegado a un entendimiento algo similar al del caso *Abasto*, ello no ha sido así por decisión unánime, y particularmente se verifica ello en el caso "*Asch*" (quizá el mas rico de todos, en cuanto a fundamentos). Pues pese a ser un caso muy similar en los hechos a *Unterpertinger* (un caso de violencia familiar), en "*Asch*" el Tribunal Comunitario no entendió violada la

² En tal sentido, véase "La reproducción por lectura en el acto del debate", por Nicolás SCHIAVO, Ed. Ad-Hoc (en prensa). Un análisis similar, aunque algo más reducido, en "La incorporación por lectura en el proceso penal" - en las Nulidades y medios de impugnación en el proceso penal - Dr. Chiara Díaz Cordinador - Ed. Delta - Paraná - 2004.

³ Para un mayor análisis véase Marcelo A. SANCINETTI, *El caso cabezas* tomo II, Ed. Ad Hoc, con cita y referencia a la ob. Cit. *La reproducción por lectura en el acto del debate* por Nicolás Schiavo.

⁴ Dichos fallos se encuentran traducidos al español en la ob. Cit. de Nicolás Schiavo.

garantía del art. 6 inc 1y 3 de la Convención Europea, por cuanto existía otra prueba que permitía alcanzar la misma conclusión de condena. Pero este fallo (resuelto por cinco votos a cuatro), contiene en el voto de la minoría, los mejores y mayores fundamentos, entre los cuales esta el aquí sostenido, es decir :“que ab initio no debe incorporarse la prueba”. Y tal posición se encuentra descripta por la minoría con una sencilla expresión: “si la prueba no era determinante y se podía alcanzar la condena con prueba independiente, no se comprende la razón por la cual entonces la prueba fue incorporada”.

Esta diferencia, que podría ser dividida entre “tesis subjetiva” y “tesis objetiva”, definiendo la primera como aquella que permite sustentar la reproducción por lectura en la medida que no resulte “determinante” para alcanzar la condena, mientras que la segunda sería la que veda ab initio la reproducción por lectura, con independencia del resto de la prueba; dice mucho respecto de la posterior ambivalente postura de la Casación Penal sobre similares casos planteados.

A tales efectos se reseñan algunos otros pronunciamientos de la Cámara Nacional de Casación Penal.

1)Fuñoli de Salazar⁵: La presente causa es comúnmente citada como contrapuesta con “Abasto”.⁶ Si bien tiene un tratamiento diferente que el anterior, respecto del mismo problema, lo cual se evidencia en la diferente conclusión, en realidad el lamentable fundamento que se expone para rechazar el recurso no permite darle mayor importancia. Entre aquellos basta mencionar la referencia que efectúa la Sala III respecto que la incorporación de los Tratados Internacionales lo son sin derogar artículo alguno de la constitución Nacional, lo cual a su juicio los habilita a decir que el Código Procesal esta en un pie de igualdad con el Tratado internacional.

Mas no conforme con ello la Sala III indicó que “El referido criterio que deriva de la ley y que consecuentemente observamos, sin duda alguna, ajusta lo mejor posible la realización del derecho penal sobre la base de criterios ciertos de razonabilidad y justicia; y en definitiva nos permite aventar todo interés que pudiera tener quien hubiese delinquido en procurar la ausencia o cualquier forma de desaparición física de los testigos que le pudieran resultar desfavorables y así obtener un pronunciamiento absolutorio en el juicio”(sic).

Éste último criterio, solamente puede informarnos de los motivos por los cuales el derecho de “defensa en juicio” reconocido por nuestra

⁵ Causa n° 2251 Sala III 26-11-99, publicado en Nicolás SCHIAVO ob.cit, ed. Ad-Hoc.

⁶ DARAY ob. Cit.

Constitución Nacional, ha sido violentado, pero no puede ser levantado para honrarlo. Este concepto por demás falaz, contiene un vicio insalvable en los casos donde existe prisión preventiva, pues justamente la misma se “justifica”, invocando que de esa manera el imputado no podrá entorpecer las investigaciones. Pero, tal cual se advierta, el Tribunal no dice que el imputado hubiera atentado contra los testigos, tampoco dice que hubiera querido hacerlo o tuviera la posibilidad de hacerlo, sino que expone que dicha consecuencia (violación al derecho de defensa en juicio), le es impuesta para evitar que otros imputados en otros juicios intenten eventuales o posibles actos delictivos contra testigos. Tamaña falta de ilustración jurídica en un fallo, no sólo hacen criticable el precedente, sino que aconsejan su olvido.

2)Fallo Barbera A:⁷ Un tato anterior al caso “Fuñoli”, la sala II resolvió el presente caso que venía del Tribunal Oral n° 5 por una condena por violaciones reiteradas. En este precedente la víctima resultaba ser menor de edad y se invocó la Convención de los Derechos del Niño (Art. 3 inc. 1) para evitar que el mismo pudiera ser interrogado por la defensa, o que la misma le propusiera preguntas a un terapeuta en una cámara “Gesell”.

En base a esas previsiones el Fallo se introdujo en tortuosas interpretaciones de los alcances de ambas disposiciones (la anterior, junto al art. 79 C.P.P.N.), para establecer un criterio que no estaba en duda. Es decir que el “menor” tiene el derecho constitucional a no declara en juicio. Por supuesto que poco podría decir tal argumento respecto de si se había permitido a la defensa ejercer su constitucional derecho a la defensa. Por lo tanto este argumento, si bien presentado como el principal no puede serlo.

Esta afirmación se verifica, con el último argumento dado en el resolutorio, que es similar a la “tesis subjetiva”, donde se expone que “a poco que se advierta que la fundamentación del decisorio abarca además otras pruebas independientes que resultan suficientes para avalar la decisión de condena”.

Sin perjuicio de las críticas oportunamente levantadas a la “tesis subjetiva”, pues si ello fuera tan claro, no se comprende la razón por la cual la prueba fue incorporada. Aquí cabe poner de manifiesto que esta “tesis subjetiva”, viola el principio que veda la reformatio in peius, pues el recurso no fue abierto en cuanto a la consideración del conjunto de las pruebas, sino solamente respecto de su esa prueba determinada, incorporada como tal en el plexo probatorio, violaba la defensa en juicio. Y

⁷ Causa n° 1836 Sala II 15-12-98. Publicado en ob. Cit. Nicolás SCHIAVO, ed Ad-Hoc.

en la medida que no se permita al imputado a lo largo del proceso, interrogar o haber podido interrogar al testigo o a quien levanta testimonio de cargo, la violación se hace evidente.

Que un Tribunal Internacional, adhiera mayoritariamente (y por la mayoría) a la “tesis subjetiva” (Ej: Tribunal Europeo de Derechos Humanos); no habla de que dicha posición sea la correcta. Sino que se explica por cuanto el Tribunal internacional no juzga el caso, sino que lo hace respecto de la responsabilidad del Estado frente a sus obligaciones asumidas por la convención. De forma tal que no rige el principio de *reformatio in peius* por no ser un recurso a la condena. Sin perjuicio de lo cual la posición de la minoría del Tribunal ha sustentado la “tesis objetiva”, de forma coincidente a la aquí propugnada.

3)Fegundez:⁸ Tiempo después de Abasto, la misma Sala I, tuvo la posibilidad de tratar nuevamente el asunto, en un caso que había llegado del Tribunal Oral n° 3, en un caso de condena a cuatro años de prisión por el delito de robo simple con violencia en las personas en grado de tentativa en concurso ideal con el de lesiones leves, en concurso real con robo agravado y calificado por el uso de armas en grado de tentativa y concurso ideal con el de lesiones leves.

Aquí la Sala I dejó en claro su criterio, pues rechazó el recurso argumentando que este caso era diferente de Abasto, pues existía prueba independiente que permitía arribar a la condena. Es decir aclaró su adhesión a la “tesis subjetiva”, aquí fuertemente criticada.

4)Almada:⁹Entre el dictado de Abasto y el precedente Fegundez, la Sala I también tuvo oportunidad de reafirmar el concepto en este caso, que le llegaba con sentencia del Tribunal Oral de menores n° 1 con una condena por violación agravada por el concurso de partícipes en concurso real con el de abusos deshonestos reiterados.

Aquí, con un extenso voto del Dr. Pedro David (que no integraba la sala al momento de dictarse Abasto), se sustentó la nulidad del proceso, por cuanto la prueba era efectivamente determinante, y el imputado no pudo controlar la misma. Así las cosas queda en claro cual es el criterio de la Sala I, el cual difiere del aquí sustentado.

De esta forma puede advertirse que la jurisprudencia del Tribunal de Casación no ha sido pacífica al respecto, salvo la emanada de la Sala I, que ciertamente adhiere por completo a la denominada “tesis subjetiva”, que

⁸ Causa 2354 Sala I 26-5-99, publicado en ob.cit. Nicolás SCHIAVO, Ed Ad-Hoc.

⁹ Causa 2138 Sala I 2-3-99, publicado en ob.cit. Nicolás SCHIAVO, Ed. Ad. Hoc.

aquí se critica, tanto por no hacer centro en el principio vulnerado, como así también por violentar el principio que veda la *reformatio in peius*.

Por otra parte este criterio subjetivo, eventualmente podría ser aplicado (dejando a lado la cuestión de la *reformatio in peius*), si las sentencias tuvieran en el análisis de la prueba un criterio de ponderación matemático del grado de incidencia de cada una de ellas. Por ejemplo tal prueba ha generado un 50% de convicción la otra un 10% la otra un 30%, la siguiente un 5%, y finalmente la observada en un 5%. Así uno podría decir que con un 95% de incidencia se podría llegar a una condena (o quizá no, conforme el principio *in dubio pro reo*, pues ese 5% quizá sirva para absolver). Pero como esto no sucede, el Tribunal de Alzada carece de un criterio para observar que grado de incidencia efectivamente tuvo la prueba reproducida en violación al principio de defensa en juicio. Esto provoca que el fallo de Casación dictado en violación al principio que veda la *reformatio in peius*, se constituya a su vez en un nuevo juicio sobre la prueba, un juicio realizado por Magistrados que no estuvieron presentes en el debate, y que han dicho en numerosas oportunidades, que no están para analizar cuestiones de prueba.

Por lo tanto la tesis subjetiva no puede ser sustentada, debiéndose optar por la tesis objetiva, nulificando todo aquél proceso donde se incorpore prueba en el debate, que no ha podido ser controlada por la defensa, y en todo caso la demás prueba podrá o no ser suficiente alcanzar una condena alejada de violaciones a los derechos constitucionales del imputado.

En los últimos tiempos el debate relativo a la incorporación por lectura se ha centrado en diversas reformas producidas a ordenamientos procesales. En esas disposiciones se ha querido encontrar la razón de si procede o no la incorporación, con independencia del derecho constitucional regulado. Aquí no se niega que no existen derechos absolutos, y que todos pueden ser restringidos en su ejercicio, más la imposibilidad de dirigir un interrogatorio al testigo, en cualquier etapa del proceso, traspasa la simple restricción o limitación del derecho, para negarlo por completo.

Tampoco se trata de un problema probatorio, en el sentido de que la imposibilidad de interrogar reduzca la fuerza convictiva de ese testimonio no confrontado, pues la fuerza de la prueba sólo puede ser reclamada cuando la misma fue sometida al contradictorio, para decirlo en términos de Popper, cuando fue falsacionada. Esto último sólo sucede en el debate.

La tesis, que comparto y he venido sustentando en varios trabajos, de que el Estado se encuentra vedado de incorporar por lectura piezas testimoniales sobre las que el imputado no ha prestado conformidad, ni ha podido interrogar de manera amplia y directa al testigo, violentan

elementales principio de derechos humanos, por implicar una negación absoluta del derecho de defensa en juicio.