

Poder Judicial de la Nación

PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN

///Plata, 30 de septiembre de 2004.

VISTO: Este expediente nro. 3015, "DR. F S s/ promueve incidente de nulidad", proveniente del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 1 de La Plata, y

CONSIDERANDO QUE:

I. Llega la causa en virtud del recurso deducido por el defensor particular de J. H. D.P. contra la resolución (incidente), que rechazó el planteo de nulidad.

1. El *a quo* fundó el rechazo del planteo en que los testimonios realizados en audiencias que la defensa solicitó asistir no resultaban un acto irrepetible, es decir, "respecto de aquellos que "por su enfermedad u otro impedimento no pueden concurrir al debate"(sic). Manifestó que era del caso aplicar, a manera de fundamento normativo, el art. 200 del CPP.

2. El apelante motivó la impugnación en que el magistrado lo privó de la posibilidad de asistir a las audiencias de testigos, producidas en la causa principal, sin que haya mediado una razón expresada por escrito que justifique tal privación. Adujo que le fue negado asistir a las audiencias por intermedio de la secretaría actuante y luego por el juez, ambas en forma verbal.

II. Dejando a un lado la confusión del apelante entre "motivos" y "fundamentos" del recurso (art. 438 y 454, CPP), se infiere del escrito de interposición y del informe, que la competencia del tribunal se abre para decidir una única cuestión: ¿pudo el *iudex a quo*, sobre la base de pautas normativas, denegar la posibilidad defensiva de asistir a las

declaraciones de testigos en la instrucción?. Ello es así porque el ámbito objetivo del recurso y la posibilidad de gravamen irreparable lo constituye, en concreto, el pronunciamiento que rechazó el planteo de nulidad promovido en el incidente, sin que sea menester prestar atención a manifestaciones verbales suscitadas en el trámite.

III. Según las normas procesales implicadas, los defensores podrán participar de las declaraciones de testigos en diversas situaciones que se plantean, a saber:

1. Cuando, *por enfermedad u otro impedimento* del testigo, sea presumible que no podrán concurrir al debate. Este es un derecho que no admite cortapisas. En tal supuesto deberán ser notificados del acto, salvo casos de suma urgencia, "dejándose constancia de los motivos, bajo pena de nulidad" (arts. 200 y 201, CPP). Incluso se podrá permitir la asistencia del imputado "cuando sea útil para esclarecer los hechos o necesaria por la naturaleza del acto" (art. 200, 2do. párr.).

2. Asimismo, la ley otorga, en "los demás actos de la instrucción", la posibilidad de asistencia de los defensores —excepto que ello "ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación" (art. 202, CPP)— y, a la vez, prescribe las facultades y deberes de los asistentes (art. 203, CPP). El propósito de asistir al acto debe hacerse por pedido expreso y, admitido éste, deberá darse aviso antes de la práctica de los actos, "si fuera posible, dejándose constancia" (art. 202, párr. *in fine*).

IV. El *a quo* entendió, al decidir el incidente de nulidad, que el derecho de asistencia del defensor se reduce sólo a los casos en que pueda presumirse que

Poder Judicial de la Nación

el testigo no concurrirá al debate (art. 200, CPP).

1. El anterior texto, empero, no debe aislarse de los ya reseñados arts. 201 y 202 del CPP. Comprendidos ellos en armonía se deduce que la asistencia de la defensa a los actos de instrucción *constituye la regla*, sea que los testimonios se presuman irrepetibles en el debate oral, sea que la situación refiera a *los demás actos de la instrucción*, salvo que el hecho de asistir perjudique los fines y la celeridad del trámite. Dicha regla se ha sostenido en ocasión de interpretar los textos (conf., NAVARRO, G. R. y DARAY, R. R., *Código Procesal de la Nación*. Bs. As., 1996, Tomo I, p. 437; *idem*, DONNA, E.A. y MAIZA, M.C., *Código Procesal Penal*, Bs.As, 1994, p. 239).

2. El juez "permitirá" que los defensores asistan a los *demás actos* (art. 202). En caso de negar la posibilidad de intervenir no sólo deberá hacer referencia taxativa a una u otra de las causales que autoriza el proceder, sino que, obviamente, con ella acompañar el fundamento concreto de su aplicación. Una respuesta meramente dogmática contradice la regla que prescribe el art. 123 del CPP.

3. Ahora bien, ninguna de estas circunstancias ocurrió en el expediente y, como consecuencia, poco esfuerzo cuesta reparar el erróneo enfoque normativo que exhibe la decisión atacada. En efecto, no se trata de *actos presuntamente irrepetibles* puesto que, de acuerdo a las constancias de la causa, dicha circunstancia aparece incumplida, en la actualidad, con relación a la situación personal de los testigos citados a declarar. En cambio, si el juez al pronunciarse hubiera subsumido la situación fáctica en la norma correspondiente (art. 202, CPP), seguramente

hubiera variado su criterio y, de no ser así, hubiera negado la asistencia con fundamento suficiente.

4. Finalmente, la equívoca hermenéutica trae consigo un avance sobre los derechos y garantías del imputado en la fase de instrucción y al receptarse la prueba testimonial. Esa circunstancia, en tanto ingreso de datos a la causa sin presencia ni control de la parte interesada, conduce a temer una futura e irreparable mengua a la defensa en juicio frente a *futuras* contingencias personales al testigo —v.gr., las que enumera el art. 391, inc. 3, CPP— que adquieren naturaleza de *agravio actual* en virtud de que, de acontecer la contingencia (para nada descartable), ya no será posible que la defensa controle inmediata y directamente las declaraciones de los testigos.

V. Por otra parte, la anterior comprensión de la ley procesal aplicable al caso encuentra mayor sustento en los tratados internacionales mencionados en la Constitución (art. 75, inc. 22, párr. 2do.). Lo establecido por ellos es de rango superior a las normas de derecho interno (CSJN, *Fallos* 315:1492, entre muchos), de suerte que las últimas deberán ser interpretadas de consuno a la letra y el espíritu de los tratados a los que se ha adherido nuestro país, y, en este caso, con especial referencia a la plena eficacia de las garantías judiciales. Algunas de las normas internacionales atañen al motivo de agravio planteado, entre ellas el art. 8.2, apart. "f", de la Convención Americana (CADH) y el art. 14.3, apart. "e", del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP).

1. Ambos preceptos consagran, en síntesis, el derecho del imputado a proponer, producir y controlar

Poder Judicial de la Nación

la prueba. La pauta abarca la totalidad de los medios probatorios y, *ad literam*, al medio testifical. Ello conforme a la regla *nulla probatio sine defensione*, comprendida, a su vez, en el debido proceso.

2. Tales normas, asimismo, son calificadas de *garantías mínimas* y la observancia efectiva de ellas constituye una obligación del Estado, a riesgo de asumir responsabilidades ante la comunidad internacional (conf., art. 1, CADH). La circunstancia, por lo demás, reviste *gravedad institucional* (CSJN, caso "Riopart S.R.L.", del 15/10/96). En tal sentido — sobre la aludida obligación— se ha expedido la Corte Interamericana en diversos precedentes y opiniones (conf., en los casos "Velásquez Rodríguez", párr. 166, del 06/07/1988; "Caballero Santana y Rodríguez", del 08/12/95; "Hilaire, Constantine y Benjamín y otros" del 21/06/2002; Opiniones Consultivas N° 7 y 14).

3. El fundamento de las mencionadas normas supranacionales estriba en la "plena igualdad" de trato —paridad o equilibrio de condiciones y oportunidades— con relación a la intervención en el proceso del imputado, la defensa y el acusador. Sin "igualdad de armas" o sin posibilidad de ejercer el derecho a un "proceso equitativo" (*the principle of equality of arms*), queda excluida la *contradicción* y un proceso penal regular. Sobre el tema la Corte Interamericana ha dicho, por ejemplo, que el imputado debe ser oído, *participar* en el proceso y "contrainterrogar a los testigos" (conf., "Castillo Petruzzi y otros"[1999]; "Durant y Ugarte"[2000]; "Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú"[2001]).

VI. Sin perjuicio de que el *a quo* no interpretó correctamente la legislación interna y,

asimismo, el alcance preciso del denominado *bloque de constitucionalidad*, en cierto modo la herencia inquisitiva que muestran ciertos institutos de la ley 23.983 podrían conducir a peligrosos equívocos. Piénsese, por ejemplo, que no rige para el ministerio público la mencionada "igualdad de armas" en tanto que puede participar en toda la instrucción pese al secreto del sumario (arts. 198 y 204, CPP). Pero tal disposición —como cualquier otra que conduzca al desequilibrio— carece de mínimo asidero. Basta traer a colación el criterio de la Corte Nacional (*Fallos* 313:1031). Ninguna ley puede entrar en conflicto con la Ley Fundamental y con lo establecido en los tratados que enumera el art. 75, inc. 22. Es la regla que rige para el derecho interno frente a la observancia de los tratados (conf., Convención de Viena, art. 27).

VII. De acuerdo a lo expuesto, la decisión recurrida se descalifica como acto judicial válido en tanto impide abiertamente a la defensa un control *útil y eficaz* sobre la prueba testimonial (conf., CNCP, sala I, "Abasto, Héctor J./ sobre recurso de casación", del 11/02/1999; *idem.*, "Pérez, José D.", del 26/11/2001, con anotación de Miguel A. ALMEYRA en La Ley, 2002-D, pp. 35-41) y afecta, con ello, "(...) la realidad sustancial de la defensa en juicio" *Fallos* 192:152; 237:158; 255:91; 311: 2502). Asimismo, corresponde declarar la nulidad de las declaraciones de testificales del expediente principal (arts. 167, inc. 3 y 168, del CPP); y ordenar que se realicen nuevamente, con la debida notificación al letrado defensor.

Por todo ello, SE RESUELVE: 1) revocar la resolución ; 2) Declarar la nulidad de las

Poder Judicial de la Nación

declaraciones testificales del expediente principal; 3) Ordenar que se cite a los testigos a prestar nueva declaración testifical, con noticia al abogado defensor (...); 4) Ordenar que se permita al defensor del imputado asistir a esas audiencias.

Regístrese. Notifíquese. Devuélvase. Fdo. Jueces Sala III Dres. Carlos Alberto Vallefín. Carlos Alberto Nogueira.

Dr. Antonio Pacilio (art.109 RJN).