



*“¿Cuál es el alcance de las facultades del juez
en lo atinente a la adquisición, producción y
valoración de la prueba en el proceso penal de la
provincia de Buenos Aires?”*

TESIS DE MAGISTER EN DERECHO

CON ORIENTACION EN DERECHO PENAL



Gabriel Giuliani

Directora: Mg. María Graciela Cortazar

-2017-

DEPARTAMENTO DE DERECHO UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Bahía Blanca- Argentina

PREFACIO

Esta Tesis se presenta como parte de los requisitos para optar al grado Académico de Magister en Derecho con Orientación en Derecho Penal, de la Universidad Nacional del Sur y no ha sido presentada previamente para la obtención de otro título de esta Universidad u otra. La misma contiene los resultados obtenidos en investigaciones llevada a cabo en el Departamento de Derecho durante el período comprendido entre el 25/02/2014/ y el 26/10/2018/ (fecha de inscripción a la carrera y fecha de presentación de la tesis), bajo la dirección de la Magister María Graciela Cortazar.

1- ABSTRACT: Relevancia y estado actual de conocimiento

According to our constitutional law (article 18) the legal process in court covers not only the right to prove the information that shows whether something is a fact or not; but also the right to have a fair hearing (article 14.1 International Covenant on Civil and Political Rights) .

The prosecuting lawyer and the defendant must try to prove the facts with evidence that will support their claims by all possible and legal means.

And the judge who leads the trial will decide on the sentence with freedom and impartiality.

In this research, we pretend to prove that the judge's impartiality has been put at risk in Buenos Aires State since 1998, when the law that regulate the trial, was reformed.

2- Metodología y técnicas

El desarrollo del presente trabajo intenta recolectar y elaborar instrumentos de análisis que permitan determinar el alcance de las facultades que el juez con competencia penal tiene durante el desarrollo del proceso en el ámbito de la provincia de Buenos Aires en lo que hace al desarrollo de la prueba colectada por las partes. Las técnicas que facilitarán la investigación del trabajo en estudio son:

- Búsqueda y recopilación bibliográfica para obtener información de soporte y marco teórico.
- Recolección de datos cuantitativos y cualitativos a partir de datos recabados
- Análisis de la información para la obtención, procesamiento y presentación de la misma.
- Búsqueda y análisis de jurisprudencia.

Indice:

| | |
|---|---------|
| Prefacio | |
| 1- Abstract: Relevancia y Estado actual del conocimiento | |
| 2- Metodología y técnicas | |
| 3- Imparcialidad en el proceso penal | p. 6.- |
| 3.a. Abordaje constitucional y jurisprudencial..... | p. 12.- |
| 4- Construcción de la verdad en el proceso penal | p. 17.- |
| 5- La prueba en la Constitución Nacional | p.21.- |
| 6- Adquisición, producción y valoración de la prueba como actividad probatoria en el proceso penal y la imparcialidad del juez | p.23.- |
| a-) Actividad probatoria en la instrucción..... | p.28.- |
| b-) Prueba en el juicio y el valor de las piezas escritas.... | p.31.- |
| c-) Normas en juego..... | p.37 |
| c-) La posición marcada a través del fallo “Benítez” y “Gallo López” | p.44.- |
| 7- Análisis de las disposiciones del CPPBA | p. 48.- |
| 8- Desarrollo jurisprudencial en la Provincia de Bs. As. | p. 50.- |
| 9- Momento de la valoración de la prueba e imparcialidad | p. 58 |
| 10- CONCLUSION | p.63.- |

3- Imparcialidad en el proceso penal

El tema que hemos elegido tiene como base la afirmación que el diagrama que el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires prevé para la función del juez en lo que hace a la función del juez en lo atinente a la adquisición, producción y valoración de la prueba afecta la imparcialidad que debe mantener el proceso. Para ello haremos un esbozo de lo que significa la imparcialidad en el proceso penal tal lo ha conceptualizado la doctrina.

Así la imparcialidad como garantía, tal como lo explica Luigi Ferrajoli¹, es una técnica provista por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre la normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.

En tal sentido debe entenderse como la absoluta garantía de independencia con relación a cualquier injerencia externa del pleito, y para el imputado, la tranquilidad de quien tiene la potestad de decidir sin que tenga ninguna influencia objetiva o subjetiva que condicione el juicio. Ella conforma uno de los pilares básicos que hacen a la estructura del debido proceso penal legal se encuentran establecidos en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

Se ha dicho que no es fácil determinar el concepto de imparcialidad. A los fines de poder hacerlo traemos la definición de la Real Academia Española. Por ella debe entenderse como *“falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”*². Desde el punto de vista jurídico se la ha definido como la exigencia de que el órgano jurisdiccional no se incline, antes de dictar el fallo definitivo, hacia una d-*****e las partes, convirtiendo dicha imparcialidad en parcialidad³”

Ferrajoli ha sostenido que el juez no debe gozar del consenso de la mayoría, debe contar, sin embargo, con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial. También señala es necesario que no tenga un interés acusatorio, y que por esto no

¹ FERRAJOLI, Luigi *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, pág.25.

² *Diccionario de la Real Academia Española*. Vigésimo Segunda Edición 2001. Editorial Espasa.

³ HERNANDEZ ROMO, Jorge- HERNANDEZ ROMO, Miguel *Introducción a la teoría general del proceso* en <http://www.juridicas.unam.mx/pública/librev/rev/jurid/cont/2/pr/pr7.pdf> (acceso el 4-5-10) citado por PRAXEDIS ZOVAK, María Laura en “Aspecto subjetivo de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el procedimiento civil y comercial”, E.D., Jurisprudencia general tomo 243 -2011, pág. 1089.-

ejercite simultáneamente las funciones de acusación, como por el contrario, ocurre en el proceso inquisitivo”⁴.

En el mismo sentido Carrara se ha expresado haciendo referencia al tercero imparcial con las siguientes palabras “No menos indispensable es la persona del juez, porque entre el acusador que afirma y el reo que niega, quedaría perpetuamente irresoluto el problema a cuya solución tiende el juicio subjetivo, si no se interpusiese un tercero imparcial que decidiendo entre la afirmación y la respectiva negación, procurase el juicio objetivo en el sentido de la culpabilidad o de la inocencia”⁵.

Si bien es cierto, podría argumentarse que la ausencia de prejuicios por lo menos con respecto a la materia nunca sería absoluta, por las convicciones propias del juez en tanto hombre, ello no obsta a que se trate de garantizar la mayor objetividad posible de éste frente a la cuestión que deba resolver y ello se refiere a la relación orgánica o esencialmente funcional del juez con el proceso, es decir, vinculado a que el juez debe ofrecer garantías suficientes en orden a excluir cualquier duda razonable acerca de la capacidad para cumplir una actuación ecuánime, es decir, involucra directamente a las actitudes o intereses particulares con el resultado del pleito.

Lo cierto es, que la esencia de la jurisdicción radica en ubicar al juez en el proceso en un solo lugar: la de tercero imparcial; a una distancia tal, entre la parte acusadora y el imputado que le permita decidir el caso sin ningún tipo de influencia o preferencia de uno u otro⁶.

Según lo sostiene Maier el concepto de Juez en la actualidad no se puede concebir sino se lo integra con la imparcialidad. En tal sentido se entiende aquella actividad concreta que le es encomendada a quien juzga. El sustantivo imparcial refiere directamente, por su origen etimológico a aquél que no es parte en un asunto que debe decidir, que lo ataca sin interés personal alguno. Aquel que decide en representación del Estado⁷.

⁴ **FERRAJOLI, Luigi** *Derecho y Razón*, trad. Ibáñez Prefecto, Trotta, Madrid, 1995, pág. 581/582.

⁵ **CARRARA, Francesco** *Tratado de Derecho Criminal*, Parágrafo 830. Ed. Temis, Bogotá.

⁶ **GARCIA, Luis M.** *La noción de tribunal imparcial*, publicado en L.L. 1999-F-223 y ss.

⁷ En el informe anual de la *Comisión Interamericana de 1984/1985* se consideró: “Un Poder Judicial independiente e imparcial por jueces idóneos es la mejor garantía para la adecuada administración de justicia, en definitiva, para la defensa de los derechos humanos. Un Poder Judicial respetable por su independencia e imparcialidad es una de las piedras angulares de la democracia, de suerte que toda iniciativa para respaldar y consolidar la democracia en el sistema interamericano debería tener muy en cuenta el mejoramiento de dicho poder como elemento relevante de ese espíritu democrático” Andruet, Armando S. (h), “Código de ética judicial, Discusión, realización y perspectiva, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 274/275, citado por PRAXEDIS ZOVAK, María Laura en *Aspecto subjetivo de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el procedimiento civil y comercial*, E.D., Jurisprudencia general tomo 243 -2011, p. 1089.-

Por otra parte, el concepto refiere a la ausencia de prejuicios a favor o en contra de las personas o de la materia acerca de las cuales debe resolver. Quien integra un tribunal de justicia no es otra cosa que una persona, un ciudadano, idéntico en sus atributos fundamentales a sus demás congéneres juzgados por él, todos convivientes en un mismo tiempo. Con abstracción a ciertas calificaciones quienes deciden y quienes soportan esas decisiones son sólo personas, seres humanos cuyo principio básico de dignidad está representado por la igualdad ante la ley.

Es posible, definiendo a la imparcialidad, entonces, afirmar liminalmente que determinadas actividades desplegadas por el magistrado interviniente en un proceso pueden minar la imparcialidad que forzosamente debe revestir, traduciéndose su continuidad al frente del mismo en la afectación de derechos fundamentales del justiciable⁸.

Específicamente y aplicado a la tarea del juez, se trata de una aplicación del ideal a la vida práctica, traduciéndose en una serie de previsiones relativas a un tiempo histórico y un sistema determinado, cuyo contenido se vincula al intento de aproximarse aquel ideal o evitar desviarse de él.-

Alejandro Carrió define estas previsiones con la palabra “neutralidad”. Es decir, la imparcialidad del órgano jurisdiccional debe apoyarse en la paridad absoluta que debe existir entre las partes que intervienen en el proceso. “Significa ajeneidad del juez a los intereses de las partes, lo que se concreta al separársela de la Acusación, para que finalmente adquiriera ese hábito intelectual y moral –al decir de Luigi Ferrajoli- que le permite juzgar con equidistancia⁹”.

Siguiendo con tal criterio apunta el autor (Ferrajoli) que, “un sistema de juicio criminal en el que el juez debe hacer las funciones del acusador, es vicioso por sí mismo –apuntaba Filangieri- . Es que el juez es un órgano supra ordenado a las partes, que no actúa sino cuando se acude a él. Como enseña Tocqueville “por naturaleza el Poder Judicial carece de acción. Es preciso ponerle en movimiento para que se mueva. Se denuncia un delito y se castiga al culpable. Se llama para que rectifique una injusticia y la rectifica. Se le somete a un acto y lo interpreta. Pero no acude por sí

⁸ **DUTTO, Georgina** *Pronunciamientos judiciales que evidencian la necesidad de reforma del Código Procesal Penal de la Nación* en El Proceso Penal adversarial, lineamientos para la reforma del sistema judicial” Tomo I, p. 21 Rubinzal Culzoni, Editores.

⁹ **FERRAJOLI, Luigi**, *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*, p. 580, Ed. Trotta, Madrid 1955, citado por Falcone, Roberto Atilio en *Instrucción o imparcialidad en el nuevo debate oral* L.L. t. 1997-B, Secc. Doctrina p. 970.-

mismo a perseguir a los criminales, a buscar la injusticia, a examinar los hechos. El Poder Judicial violentaría en cierto modo esa naturaleza pasiva si actuase por sí mismo¹⁰”

El principio que mejor refleja la garantía de imparcialidad es el Sistema Acusatorio posibilitando que la verdad que se obtenga en el proceso penal sea realmente el producto de una controversia entre las partes y no que sea consecuencia de una confianza ilimitada a las bondades del poder. Es decir, en la expectativa ilimitada de las bondades del poder que puede tener el juez asumiendo roles de juez y parte, propio del sistema inquisitivo. En ello lleva razón Beccaria¹¹ cuando sostiene que “el juez que exhibe en un caso interés acusatorio termina convirtiéndose en enemigo del reo, lo que resulta totalmente innecesario para el castigo del culpable”.

Sin duda alguna que el juez debe adoptar una posición pasiva en el proceso penal, permitiendo, de tal forma que las partes puedan probar sus requerimientos y para ello las mismas utilizarán las pruebas que consideren pertinentes y útiles con las que tratarán de formar la convicción en el juzgador y en ello se centralizará la cuestión a tratar en el presente.

Dentro de la conceptualización que podemos hacer de la garantía de imparcialidad podríamos decir como aproximación, que debe ser entendida como la distancia necesaria e imprescindible que guarda el juez entre la pretensión acusatoria y la defensa, de tal modo que la equivalencia de distancia entre los sujetos y el tercero se traduce en la simetría perfecta para lograr la máxima neutralidad que demanda la jurisdicción. Por ello resulta apropiado citar a Ferrajoli, quien sostiene que la nota característica del sistema acusatorio radica en “la separación del juez de la acusación... y supone la configuración del proceso como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales están como partes en la causa, y el tercero superparte: el acusador, el defensor y el juez¹²”.

Desde su propia génesis histórica el sistema acusatorio aseguraba esta necesidad del tercero extra partes capaz de decidir de modo que su juicio implique la máxima seguridad de ajeneidad, para evitar la influencia de los intereses en conflicto. Y en este punto, siguiendo a Beling¹³, bajo el dominio del principio acusatorio formal, el proceso penal se convierte en un

¹⁰ **TOQUEVILLE, A.** *La democracia en América*, p. 101, citado por Falcone, Roberto Atilio en “Instrucción o imparcialidad en el nuevo debate oral” L.L. t. 1997-B, Secc. Doctrina p. 970.-

¹¹ **BECCARIA, Cesare** *De los delitos y las penas*, p. 59.

¹² **FERRAJOLI, Luigi** *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*”, Ed. Trotta Madrid, p. 580

¹³ **BELING, Ernest**, *Derecho Procesal Penal*, trad.de Miguel Fenech, 1945, Ed. Labor S.A., Barcelona, p.64.

“proceso de parte”. En él no se enfrentan ya, como antes, el juez (inquiriente, tribunal inquisitivo) como un sujeto del proceso y el inculpado o inquirido como único objeto de la inquisición, sino que desde el acto de la acusación y durante todo el proceso hay tres personas en el mismo: el tribunal (el Estado, como persona imparcial), el acusador y el inculpado.

Werner Goldschmidt¹⁴ sostiene que la imparcialidad es el principio básico del proceso, y en consecuencia, toda organización de un modelo establece de justicia debe salvaguardar que el juez se encuentre en una posición de “tercero” respecto de las partes¹⁵.

El problema se plantea ya que muchas veces el juez no se encuentra en una posición cómoda para mantener la imparcialidad, toda vez que en el ejercicio de su función (conocer por las suyas el acontecimiento histórico acaecido), parte de una posición en el proceso a tener un interés propio en la decisión, que consiste en abandonar su posición neutral frente a pretender conocer la verdad histórica objetiva. Este es el motivo por el cual se ha tratado de dejar de otorgarle a los jueces la función de la investigación tal lo hace el código federal¹⁶ y se ha tratado de ponerlo en la verdadera función de ser tercero imparcial en el proceso¹⁷. Ello, sin perjuicio de filtrarse ciertas facultades que llevan posicionarse de tal manera en la instrucción o en el juicio llevando a que el juez no llegue al momento de la decisión sin haber tomados ciertas decisiones que lo involucren con el caso a decidir¹⁸.- Existen autores que han justificado esta posición diciendo que “ tanto la idea de delito e Interés público que informa la misma noción de proceso penal autoriza a que el tribunal descienda de la posición de neutralidad que le permitiría juzgar como un tercero entre iguales, para comprometerse en la búsqueda de la verdad y en que la

¹⁴ **GOLDSCHMIDT, Werner** *Justicia y Verdad*, 1978, Ed. Fedye, p. 278.-

¹⁵ **El fallo GALVAN**, CNCP, Sala IV, 31/8/99, fue el primero en sostener el desdoblamiento de las funciones instructorias y jurisdiccionales: “el juez que ha intervenido con poder decisorio en la instrucción preparatoria no puede, con arreglo al art. 18 de la Constitución y a los arts. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica actuar en el juicio” .

¹⁶ **Código Procesal Penal de la Nación** arts. 26, 27,29, 194, 194 bis, 356, 357, entre otros.

¹⁷ **CARNELUTTI, Francesco**, *Derecho Procesal Civil y Penal*, t.1, Parágrafo 124, p.230 y sgtes. , Ed. EJE. Carnelutti al referirse a la separación de funciones entre el juez de instrucción y el juez colegiado afirma que “el esfuerzo del examen de los testigos altera de alguna forma la posición de imparcialidad necesaria al juicio y concluye que “es muy difícil que el investigador no se sienta inducido a sobrevolar el resultado de la obra suya”.

¹⁸ **Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires**, artículo 338 inc. 5to. Párrafo 4to. que reza “...El Tribunal podrá sugerir la prescindencia de aquella prueba que aparezca como manifiestamente impertinente, superabundante o superflua, a cuyo fin podrá convocar a las partes a la audiencia aún sin petición expresa de éstas, si lo considerare necesario”, como también el artículo 364, segundo párrafo que faculta a los miembros del Tribunal a formular preguntas aclaratorias a quienes comparezcan a declarar al juicio.

composición del conflicto que debe resolver. Ello claro está en muchos casos a costa de las garantías individuales¹⁹.

A los fines de rastrear los orígenes de la garantía de imparcialidad podríamos mencionar el movimiento reformador del siglo XVIII; ya en la Declaración de los derechos de Virginia, antecedente de nuestra Constitución Nacional se plasmaba la garantía de realizar un juicio rápido por jurado e imparcial. El fundamento radicaba en la legítima necesidad de los americanos de apartar a los jueces ingleses que pudieran ser sospechados de imparcialidad en el caso concreto²⁰. El constituyente de 1853 no plasmó la garantía en forma expresa hasta que en el año 1994 a través de la reforma constitucional se incorporan los pactos internacionales conforme lo reguló en el artículo 75 inc. 22. Sin embargo, sí el constituyente en 1854 incorporó a través del artículo 110 ex. Art. 96 el principio de independencia, dejando en forma tácita el de imparcialidad.

Por otro lado podemos mencionar a “El Federalista” como otro instrumento que da cuenta de la garantía de imparcialidad. Allí Hamilton²¹ explica que para asegurar una administración imparcial de las leyes se debe garantizar la inmovilidad del cargo de los jueces mientras dure su buena conducta. Es decir no cabe duda que dicha pieza fue una de las fuentes de nuestra Constitución Nacional, con lo cual serviría como base interpretativa que dio idea a nuestros constituyentes.

También podemos decir que sirve como instrumento base de la garantía de imparcialidad, las palabras dirigidas por Bartolomé Mitre al momento de elegir los miembros de la Corte Suprema de Justicia en el año 1863, cuando ésta se instaló, vigente nuestra Constitución Nacional. De ellas pueden deducirse la garantía de imparcialidad. Textualmente dijo que “como Presidente de la Nación busqué a los hombres que en la Corte Suprema fueran un contralor imparcial insospechado de las demasías de los otros poderes del Estado, y que viniendo de la oposición

¹⁹ **FALCONE; Roberto A.** *Instrucción o imparcialidad en el nuevo debate oral*, L.L., t. 1997- B. Secc. Doctrina p. 968/973

²⁰ **BOGGIANO, Antonio**, *Derecho Penal internacional, en el derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Buenos Aires, L.L. 2003- 765

²¹ **HAMILTON A., MADISON J., JAY J. LXXVIII**, (*Hamilton*) “*Departamento Judicial*”, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994 p. 330 donde reza “La regla que hace de la buena conducta la condición para que la magistratura judicial continúe en sus puestos, representa con seguridad uno de los más valiosos progresos modernos en la práctica gubernamental. En una monarquía, crea una excelente barrera contra el despotismo del príncipe; en una república no es menos eficaz contra las usurpaciones y opresiones de la entidad representativa. Y es el mejor instrumento que puede discurrir ningún gobierno para asegurarse la administración serena, recta e imparcial de las leyes.

dieran a sus conciudadanos la mayor seguridad, amplia protección de sus derechos y la garantía de una total y absoluta independencia del Poder Judicial²²”.

3. a.) Abordaje constitucional y jurisprudencial.

Son varias las normas en juego que nos prescriben lineamientos concretos sobre la garantía en tratamiento: imparcialidad del juzgador.

Tal como lo hemos adelantado en el año 1994 se incorporaron en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional diversos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional que la contemplan expresamente.

Así la Convención Americana de Derechos Humanos, llamado Pacto de San José de Costa Rica establece en el artículo 8 punto 1 que: *“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden, civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter²³”*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.1 dice que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías de un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil..²⁴.”*

Por otro lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XXVI que *“Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes...²⁵”*; la garantía también aparece mencionada las “Reglas de Mallorca”, que surgieron como consecuencia de la reunión realizada por representantes de diferentes

²² **CARRIO Alejandro**, con colaboración de Garay Alberto F. *La Corte Suprema y su independencia* Buenos Aires, Abeledo- Perrot,1996, p. 25/26.

²³ **BIDART CAMPOS, Germán J.**, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t.III, El derecho internacional y de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994, nueva edición ampliada y actualizada, primera reimpresión, Buenos Aires, 2002, p.119.

²⁴ **REY CARO, Ernesto J.- Salas, Graciela R** *Tratados y Textos Internacionales* Francisco Ferreira Editores,(1999) p.860/861.

²⁵ **REY CARO, Ernesto J.- Salas, Graciela R** *Tratados y Textos Internacionales* Francisco Ferreira Editores,(1999) p. 956.

nacionalidades y que acordaron entre los años 1990 y 1992, establecer diferentes principios generales directrices de una justicia penal eficaz, consagrando que:

1-) el enjuiciamiento y fallo, en materia penal, estarán siempre a cargo de jueces independientes sometidos únicamente a la ley.

2-) Los tribunales deberán ser imparciales. Las legislaciones nacionales establecerán las causas de abstención y recusación. Especialmente, no podrán formar parte del Tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa. Tampoco quienes hayan participado en una decisión después anulada por un Tribunal Superior.

Es decir, la imparcialidad consistirá fundamentalmente, en preguntarse, independientemente de la conducta del juez, ciertos hechos verificables que permiten sospechar acerca de ella, siendo determinante que los temores de la parte se encuentren debidamente justificados.-

Además de las disposiciones internacionales que hacen a la garantía en tratamiento debemos mencionar declaraciones y resoluciones que se dictaron relativos al tema. Así los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura fijaron que: “2. Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas, o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo²⁶”.

En el mismo sentido podemos mencionar la Resolución del Consejo de Derechos Humanos 8/6²⁷; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2004/32²⁸; la Resolución de la Comisión

²⁶ **DESPOUY, Leandro** *Independencia de la justicia. Estándares internacionales*, 2da.ed., Santa Fe, Rubinzal- Culzoni, 2010 p.59, citado por PRAXEDIS ZOVAK, María Laura en “Aspecto subjetivo de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el procedimiento civil y comercial”, E.D., Jurisprudencia general tomo 243 -2011, p. 1119.

²⁷ **Resolución del Consejo de Derechos Humanos 8/6** reza: “Convencido de que la existencia de un Poder Judicial independiente e imparcial, la independencia de los abogados y la integridad del sistema judicial son requisitos indispensables para proteger los derechos humanos y garantizar que no haya discriminación en la administración de justicia”.

²⁸ **Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2004/32** establece: “...a tenor de lo dispuesto en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos , toda persona tiene derechos, en plena igualdad, a ser oída equitativa , públicamente, con todas las garantías, por un jurados o tribunal competente, independiente e imparcial debidamente establecido por la ley, que resolverá sobre sus derechos y obligaciones y sobre cualquier acusación de carácter penal formada contra ella, y a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme la ley.

de Derechos Humanos 2003/39²⁹; el Estatuto Universal del Juez³⁰; el Estatuto del Juez Iberoamericano³¹; la Declaración de Principios Mínimos sobre la Independencia de los Poderes Judiciales y de los Jueces de América Latina (Declaración de Campeche)³²; el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial³³ y las Reglas de Brasilia³⁴.

Tal como los cita José Cafferata Nores³⁵ la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, del 25 de Noviembre de 2005 se expidió sobre la garantía de imparcialidad, haciendo lo propio también el caso “Palamara Iribarne vs. Chile” del 22 de Noviembre de 2005³⁶.

El Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires ha considerado a la imparcialidad como garantía mínima en la Administración de Justicia. Y tomando la interpretación que ha realizado la CIDH del art. 8.1 de la CADH destacamos coincidiendo que la imparcialidad

²⁹ **Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2003/39** que prescribe: “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”

³⁰ **Estatuto Universal del Juez**, ” aprobado por la Asociación Internacional de Jueces el 17-11-99, reza en su artículo 5to.”El Juez debe ser y aparecer imparcial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Debe cumplir sus deberes con moderación y dignidad respecto de su función y de cualquier persona afectada” .

³¹ **Estatuto del Juez Iberoamericano Art. 7.**La imparcialidad del Juez es condición indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional. Art.8. Imparcialidad objetiva. La imparcialidad del juez ha de ser real, efectiva y evidente para la ciudadanía

³² **Art. 15** “En el ejercicio de su función jurisdiccional, los jueces tienen el deber de procurar que la justicia se imparta en condiciones de eficiencia, calidad, accesibilidad y transparencia, con respeto a la dignidad de la persona que acude en demanda del servicio, afirmando en todo momento la independencia e imparcialidad en su actuación”.

³³ Define al Juez imparcial (art. 10) como aquel que persigue con objetividad y con fundamento en la prueba la verdad de los hechos, manteniendo a lo largo de todo el proceso una equivalente distancia con las partes y con sus abogados, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o perjuicio, también se agrega en su artículo 11 que el juez está obligado a abstenerse de intervenir en aquellas causas en las que las que se vea comprometida su imparcialidad o en las que un observador razonable pueda entender que hay motivo para pensar así. (art. 17) La imparcialidad de juicio obliga al juez a generar hábitos rigurosos de honestidad intelectual y de autocrítica.

³⁴ **Reglas de Brasilia 3.3** dice: “La seguridad jurídica requiere de jueces imparciales, cuyas creencias y preferencias estrictamente personales- legítimas en el plano individual- no deben interferir en el ejercicio de su función. Ha de asegurarse la imparcialidad real, efectiva y evidente de los jueces.

³⁵ **CAFFERATTA NORES, José I** *Proceso Penal y Derechos Humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2da. Edición, Buenos Aires Editorial del Puerto, pp. 109 y siguientes.

³⁶ Allí también se dijo que “La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucradas en la controversia” En el mismo sentido y caso, el mismo tribunal expresó que: “el Juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentra libre de todo perjuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales”.

supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso (conf. Informe, caso 11.355, “Guy Malary vs. Haití”, 27/12/02)³⁷.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que en materia de imparcialidad judicial lo decisivo es establecer, si desde el punto de vista de las circunstancias externas objetivas existen elementos que autoricen a abrigar dudas con relación a la imparcialidad con que debe desempeñarse un juez, con presidencia de qué es lo que pensaba en su fuero interno, siguiendo el adagio “no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace” conf. Casos “Delcourt vs. Bélgica”, 17/01/70, serie A nro. 11 párr. 31; “De Cubber vs. Bélgica”³⁸, 26/10/1984 serie A, nro. 86, párr. 24; del considerando 27) “Q, E. O.” causa nro. 4302 resuelta el 23 de diciembre de 2004(CSJN)³⁹. En el mismo sentido se resolvió en el caso “Piersack vs. Bélgica” del 1

³⁷ *TRIBUNAL de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III* fallo 26401 del 22/12/2009.

³⁸ *CASO DE CUBBER*” del 26 de Octubre de 1984. De Cubber fue condenado por un tribunal de juicio integrado por un juez de instrucción que había practicado algunos actos de la instrucción. El tribunal de Casación rechazó el planteo de recusación de De Cubber, fundándose en la independencia judicial, la objetividad de la tarea del juez y la legalidad en la integración del tribunal según la organización de los tribunales. Conviene citar partes de esa decisión por su similitud con muchas de las decisiones judiciales de nuestros tribunales. ... debemos remarcar que... el tribunal que juzgó a De Cubber estaba integrado por tres miembros. La Casación sostuvo que “del mero hecho de que un juez de juicio inquirió en el caso como juez de instrucción no se puede inferir que el derecho del acusado a un tribunal imparcial ha sido violado. No se puede temer, legítimamente, que el juez nombrado no ofrezca todas las garantías de imparcialidad a las cuales todo acusado tiene derecho. El juez de instrucción no es una parte adversa al acusado, pues es un juez del tribunal de primera instancia con la responsabilidad de colectar, de manera imparcial, la evidencia a favor, como también aquella en contra del acusado. Los argumentos utilizados por el gobierno belga fueron básicamente similares a los que se esgrimen entre nosotros para sostener la regularidad del procedimiento correccional en materia federal. El gobierno entendió que en el derecho belga “un juez de instrucción es completamente independiente en cumplimiento de sus tareas; ello al contrario de los oficiales judiciales del departamento del ministerio público, cuyas instrucciones no son vinculantes para él; no tiene status de una parte del procedimiento criminal y no es un “instrumento de persecución...” Se agrega que “el objeto de su actividad, no es, a despecho de lo que afirman las alegaciones de De Cubber, establecer la culpabilidad de la persona que él cree que es culpable, sino reunir, de una manera imparcial, la evidencia a favor como también en contra del acusado, manteniendo así un equilibrio correcto entre persecución y defensa. También se citó que para el caso que el tribunal europeo entendiera que el gobierno había violado el principio de la imparcialidad del tribunal (art. 6to.1), tal situación “acarrearía serias consecuencias para los tribunales belgas... especialmente si la sentencia importa un juicio acerca de una cuestión general de principio antes que un juicio con fundamento limitado a los muy especiales hechos del caso. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos argumentó a la postura del Estado Belga diciendo: 1- que si bien es cierto el derecho belga respetaba los principios de la convención, el juez de instrucción tenía ciertos poderes de muy alto alcance, entre otros dictar una orden de detención, adunado a ello que la etapa de investigación es de naturaleza inquisitorial, secreta y sus actos no se realizan en presencia de ambas partes, lo que la diferencia del procedimiento ante el tribunal de juicio.- 2- Ello motiva a que el acusado pueda sentir cierta sospecha en el caso de que vea sentado en el bando del tribunal al juez que ordenó su prisión preventiva como así también el que lo interrogó en reiteradas ocasiones durante la investigación penal preparatoria. 3- el juez que intervino durante la instrucción pudo haber tenido conocimiento con anterioridad de determinados hechos de la causa, por ello es concebible que él aparezca a los ojos del acusado, detentando un lugar crucial en el tribunal de juicio y también es posible que esa situación de privilegio pese fuertemente en la balanza al momento de tomar la decisión. 4- Asimismo puede que el tribunal (en su carácter de apelación) tenga que revisar las decisiones tomadas por el juez de instrucción. En tal sentido el acusado puede ver con cierta alarma la perspectiva del juez de instrucción activamente envuelto en el proceso de revisión. (citado en L.L.(t. 1999- F) Sección Jurisprudencia pág. 250).

³⁹ *TRIBUNAL de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, Sala III* fallo 26401 del 22/12/2009.

de Octubre de 1982⁴⁰, como así también se siguió este criterio objetivo en “Ben Yaacoub vs. Bélgica” (1987), “Hauschildt vs. Dinamarca” (1989), “Obershchlick vs. Austria” (1991) y “Castillo Algar vs. España” (1998)⁴¹.

Se puede deducir de la interpretación sobre la imparcialidad que efectuó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso De Cubber, que la solicitud de apartamiento de un juez no significa dudar de su imparcialidad sino solamente hacer lugar al temor razonable que puede tener quien va a ser juzgado de la parcialidad del juez. Es decir, se trata de tener un juicio justo que implica que el imputado pueda dudar sobre la parcialidad de quien lo va a juzgar si antes intervino “investigándolo” y, en consecuencia, pedir su apartamiento.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido a la imparcialidad del juzgador como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia. También ha dicho que “...El elemento definitorio para considerar que se ha respetado el principio de imparcialidad es que quien deba realizar el juicio de culpabilidad definitivo no haya anteriormente tomado decisiones que impliquen un juicio preparatorio sobre esa declaración de culpabilidad...existen sospechas de parcialidad, en tanto éste hubiera tomado determinadas decisiones durante el procedimiento previo que hubieran podido significar una aproximación a la comprobación de culpabilidad...” (CSJN Fallos 327:5863)⁴².

En lo que hace al derecho procesal español adquiere plena vigencia el principio que dice que el juez que instruye no debe juzgar. Sin embargo, hace algunos años una reforma legislativa permitió que, con el fin de acelerar los proceso penales por delitos leves o de sencilla investigación, la introducción de una especie de procedimiento abreviado o de urgencia en el que se disponía que el mismo juez que realizaba la instrucción, decidía sobre el sometimiento del imputado a juicio y podía aplicar las medidas de coerción que consideraba necesarias. Es decir,

⁴⁰ **CASO PIERSACK del 1 de octubre de 1982.** Piersack había sido condenado por un tribunal de jurados y la audiencia había sido presidida por un juez que, anteriormente, había sido fiscal, en realidad, se había desempeñado como director de la Fiscalía de Bruselas mientras se llevaba a cabo el procedimiento contra Piersack; no había tenido nada que ver con la causa en sí, sólo era miembro del Ministerio Público. A pesar de ello, El Tribunal consideró que, “cuando un tribunal de jurados ha sido presidido por un juez que ha previamente ejercido como cabeza de la misma sección de departamento del ministerio público de Bruselas que ha sido responsable por el tratamiento del caso acusado, la imparcialidad del tribunal era pasible de aparecer abierta a dudas. Este es un caso paradigmático porque en él se advierte la trascendencia de principio. Por un lado, no importó que el juez no hubiera tenido nada que ver con el caso mientras fue fiscal, y por otro, tampoco importó que como juez no tuviera la facultad de decidir ya que fue el jurado quien dictó el veredicto de culpabilidad.

⁴¹ Citados en “Las medidas precautorias en el proceso contravencional y la garantía de juez imparcial” Hocsman Heriberto S. en http://www.justiniano.com/revista_doctrina/medidasprecautoriasencontravencional.htm (acceso el 02/092011)

⁴² **TRIBUNAL de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires**, Sala III fallo 26401 del 22/12/2009

una situación similar a la que ocurre con el juez de instrucción en el ámbito federal. En el sistema español fueron los mismos jueces que solicitaron al Tribunal Constitucional Español que se expidiera a fin de poder determinar si el procedimiento abreviado atentaba contra el principio de imparcialidad del juzgador, principio que se encontraba implícito en la Constitución Española y expreso en la Convención Europea de Derechos Humanos. El tribunal acogió favorablemente la pretensión de los jueces y declaró la inconstitucionalidad del procedimiento abreviado. Similar situación es la que sucede en nuestro sistema penal de la provincia de Buenos Aires con el proceso de flagrancia donde el juez de Garantías debe resolver conforme lo establece el art. 23 inc. 8 los procesos llevados a cabo conforme la manda del artículo 284 bis del Código Procesal Penal, acortando la posibilidad del ejercicio de la garantía de imparcialidad.-

4- Construcción de la verdad en el proceso penal

El tema planteado en este punto tiene que ver con la conformación de la convicción del juez al dictar el fallo y en consecuencia a la formación de la “verdad” en el proceso penal.

El estudio de la “verdad” en el proceso judicial conduce, ineludiblemente, al estudio de la “prueba”, de modo tal que una idea no puede ser pensada ni analizada sin conectársela inmediatamente con la otra. Cuando pensamos en la prueba, lo hacemos en lo que con ella intentamos corroborar: la verdad o falsedad de cierta hipótesis; del mismo modo que cuando pensamos en la verdad, pensamos además en su significado, en las condiciones frente a las cuales aceptaremos la predicación de un determinado enunciado como verdadero, circunstancias que dependerá, justamente, de nuestras pruebas, y de la coherencia de éstas con nuestra hipótesis⁴³. También se ha dicho que la palabra “prueba” viene de probus – bueno, honesto- y consiste en la operación merced a la cual una alegación puede ser considerada válida. Un mecanismo para establecer una convicción sobre un hecho – aquí jurídico-penalmente relevante- acerca de cuya realidad y/o sobre cuyas particularidades existe alguna incertidumbre que tendría que despejarse. El recurso a la prueba se explica, pues, por la previa existencia de una duda y por la necesidad de obtener un saber cierto en la materia⁴⁴.

⁴³ **GUZMAN Nicolás**, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica* Editores del Puerto, (2011), p. 3

⁴⁴ **LEVY- BRUHL, H.** *La preuve juridique, Etude de sociologie juridique*, Editions Marcel Riviere et Cie, Paris, 1964, pp.14-15 citado por Ibáñez Perfecto Andrés, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, José Luis Desalma Editor, p. 27.

Consecuentemente las reglas que lleven a la formación de la verdad dependerá del sistema de juzgamiento que se adopte en la sustanciación del proceso y de los fines que entendamos que tenga que tener el proceso: sólo como medio de resolución de conflictos o bien lograr la averiguación de la verdad histórica.

Sin duda alguna que hallaremos dos sistemas opuestos: el inquisitivo y el acusatorio, delineando dos formas que traerán aparejadas los roles de cada uno de los sujetos procesales que van a coadyuvar con su función a la conformación de la verdad.

Algunos autores sostienen que el proceso penal se vincula –fundamentalmente- a una triple relación sobre el concepto de “verdad”;... Y que sería inaceptable que quien debiera aplicar las consecuencias sustanciales del sistema penal se encontrara habilitado para ese ejercicio jurisdiccional desatendiéndose por completo de la “verdad”. Este obstáculo se deriva de que ella es la principal limitación política institucional que tiene la función jurisdiccional. La “verdad” como afirmación de la existencia del hecho legitima el accionar público del juez; por fuera de esta relación sólo queda la gestión de intereses particulares. Sin embargo, esta afirmación no es compartida por todos, y cada día parecieran ser más quienes- desde ciertas posiciones filosóficas modernas- sugieren que la “verdad” no está en el centro del proceso; propiciando su reemplazo por una orientación destinada a la resolución de controversias⁴⁵.

En contraposición a esta postura hallamos la concepción de que la jurisdicción penal encuentra una dependencia de sus decisiones y de su actividad de la verdad, concebida como correspondencia con la realidad histórica sucedida ello significa que el único argumento que funda y legitima el ejercicio del poder penal por parte de un tribunal es el hallazgo de la verdad histórica relativa a la realidad del caso a resolver u objeto de él⁴⁶.

Podría decirse, con alguna licencia de vocabulario, que hoy en día el concepto de justicia es casi sinónimo con el hallazgo de la verdad o, cuanto menos, éste implica un elemento básico de aquél, sin el cual no se puede comprender el concepto del valor que ella representa. En realidad, tal sinonimia o proximidad resulta de un enorme cambio de paradigma de la forma según la cual son resueltos los conflictos sociales por la organización social. El apego a la verdad como forma de dirimir conflictos sociales es tan sólo una idea moderna acerca de la justicia, que ni siquiera

⁴⁵ **SCHIAVO, Nicolás** *Valoración racional de la prueba en materia penal. Un necesario estándar mínimo para la habilitación del juicio de verdad* (2012) Editores del Puerto S.R.L p. 1.

⁴⁶ **MAIER, Julio** *Derecho Procesal Penal II. Parte General Sujetos procesales* Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires-2003- primera edición pág. 446/447.

persigue, un ideal distributivo e igualitario, según se esperó en un comienzo y que, en materia penal, nos llega con el advenimiento de la Inquisición⁴⁷”.

Coincidimos con Guzmán, en cuanto a que el “contradictorio y la imparcialidad”, son dos garantías que representan un modelo epistemológico que indudablemente coadyuva al conocimiento de la verdad. Y por otro lado que son instrumentos de conocimiento. Sin contradictorio y sin imparcialidad, es muy difícil imaginar que pueda arribarse al conocimiento de la verdad o, en otras palabras, que pueda predicarse válidamente que la sentencia ha satisfecho las exigencias de la “verdad procesal”⁴⁸.

Dice Mittermaier⁴⁹ que la verdad es la concordancia entre un hecho real y la idea de que él se forma el entendimiento, y la idea de verdad que interesa desde el punto de vista jurídico es la “empírica” en contraposición a la “absoluta”, aplicada a las cosas del mundo sensible y que nos basta para dirigir por ella nuestras acciones. Por otro lado el mencionado autor, señala la verdad histórica como aquella que procuramos obtener siempre que queremos asegurarnos de la realidad de ciertos acontecimientos, de ciertos hechos realizados en el tiempo y en el espacio.

La averiguación de la verdad está subordinada a ciertas reglas decisivas, que debe seguir ciertas vías trazadas, que la razón y la experiencia demuestran como las más a propósito para llegar a fin propuesto, que la verdad así establecida descansa sobre tales y cuales bases que por su naturaleza obran infaliblemente sobre el entendimiento de todos los Jueces; pero es preciso concluir también que antes de pronunciar sobre la verdad de los hechos de la causa, experimenta cada uno en sí mismo la influencia de su carácter individual, de suerte que la sentencia dada es evidentemente subjetiva.

Probar significa suministrar en el proceso el conocimiento de cualquier hecho, de manera que se adquiera para sí o se engendre en otros la convicción de la existencia o verdad de ese hecho. Traslados estos criterios al proceso penal, ellos tienen valor en orden al conocimiento del delito y del delincuente y de todos los elementos que a ellos se refieren o que con ellos están

⁴⁷ **MAIER, Julio** *Derecho Procesal Penal III. Parte General Actos procesales* Editores del Puerto s.r.l. Buenos Aires-2011- primera edición pág. 72).

⁴⁸ **GUZMAN Nicolás**, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica* Editores del Puerto, (2011), p. 149.

⁴⁹ **MITTERMAIER, Karl Joseph Anton**, “*Tratado de la prueba criminal*”, Fabián Di Plácido Editor, (1999), p. 77.

vinculados, en este caso y en lo concerniente a la noción de prueba, no hay para qué distinguir si esta fue suministrada por el juez o por las partes⁵⁰

Algunos clásicos, entre los que se encuentra Florian, sostienen que en el proceso penal la averiguación de la verdad no puede encontrar un límite infranqueable en la voluntad de las partes, pues el supremo interés público que en él predomina, requiere que se abran todas las puertas a la investigación de la verdad, y la verdad que es necesario establecer en el proceso penal, es la verdad efectiva y real, no la verdad formal, casi siempre artificiosa, no una verdad a medias, acomodaticia, al agrado y para uso de las partes. No puede aceptarse ninguna carga formal de prueba, puesto que la organización del proceso debe estar instituida en tal forma, que las deficiencias de la prueba, sea de acusación, sea de defensa, pueda subsanar siempre el juez. Estas verdades tan sencillas y tan evidentes tienen cada vez mayor aceptación, motivo por el cual vemos que aun los procesos más ampliamente instituidos siguiendo el modelo acusatorio, le confieren al juez poderes de investigación siempre más amplios⁵¹.

Sin embargo, distanciándonos de la postura de los clásicos, entendemos que desde un modelo enmarcado en un sistema acusatorio más puro el juez puede tener facultades para realizar un control para garantizar el ingreso de la prueba al proceso, sin embargo, no así para la recopilación y producción de la prueba. Y esto tiene que ver con el posicionamiento que el mismo toma frente a la misma, aún en el debate. Con buen tino vemos la postura tomada por el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires⁵² cuando anuló un debate y el fallo condenatorio por haberse constatado una excesiva utilización por los jueces de la facultad conferida en el art. 364 segundo párrafo del CPP – preguntas de contenido aclaratorio- toda vez que las que (en razón de la trascendencia y gravedad de las manifestaciones de los mismos) afecta uno de los pilares del sistema acusatorio al evidenciar un rol que se involucró en la adquisición de prueba para el

⁵⁰ **FLORIAN, Eugenio** *De las pruebas penales* t.1, Editorial Temis, 1998, p. 44. En la nota a la cita mencionada dice que en el proceso civil una corriente muy notable excluye del campo de la prueba, la percepción directa del juez, y esta tendencia se vincula con la opinión doctrinal de HEUSLER, antes mencionada, pero la facultad autónoma que tiene el juez penal en materia de prueba, la hace, en todo caso, inaceptable en el proceso penal.

⁵¹ **FLORIAN, Eugenio** *De las pruebas penales*, t.1, Editorial Temis, 1998, p. 280. en la cita nro. 17 al pie de la página de mención el autor cita a HEUSLER quien sostiene que la presentación de la prueba solo puede ser actividad de las partes y no del juez, y esto aun cuando el juez tenga la facultad de aducir pruebas de oficio, concepto que también debe tener valor en el proceso penal (loc. cit. P. 247 y ss.) , pero esta doctrina, basada en conocidos principios del autor, no tiene sino un carácter formal, ya que no se opone en modo alguno a la actividad del juez para la presentación de la prueba y solo la define o concibe de diversa manera.

⁵² **TRIBUNAL DE CASACION PENAL PCIA DE BUENOS AIRES Sala 1, 30/7/2013 “AMR”** publicado en Revista de Derecho penal y Procesal Penal Enero 2015. 1. Abeledo Perrot. Sección Jurisprudencia Anotada, con nota de José Luis Ares, p. 12.

proceso, tomando posiciones con afirmaciones relativa a “querer saber lo que pasó”, “ la búsqueda de la verdad” y un pedido al defensor para que obrara con objetividad en el ejercicio de sus funciones. Tal nulidad debe hallar fundamento en lo establecido en el art. 202 del C.P.P. Toda vez que se afectan garantías constitucionales en particular las que nutren al debido proceso como la imparcialidad y defensa en juicio.

En lo que hace al sistema de juzgamiento de la provincia de Buenos Aires, Bertolino sostiene que la verdad sobre los hechos juzgados a que hace mención el artículo 210 del Código Procesal Penal de la provincia⁵³ se relaciona con el precepto legal de convicción sincera. Y ello conlleva a la búsqueda de la verdad entendiendo por tal como aquella búsqueda como encaminada no hacia una verdad absoluta, que por cierto nunca podrá alcanzar proceso penal alguna, sino antes bien en dirección a una verdad, si se quiere, más modesta –pero sí con vocación de adecuada- llamada sólitamente “forense” o “procesal”⁵⁴.

Ferrajoli va más allá en el tipo de verdad procesal y la distingue en verdad procesal fáctica y verdad procesal jurídica, entendiendo la primera como un tipo particular de verdad histórica, relativa a proposiciones que hablan de hechos pasados, no directamente accesibles como tales a la experiencia; mientras la segunda como una verdad que puede llamarse como clasificatoria, al referirse a la clasificación de hechos históricos comprobados conforme a las categorías suministradas por el léxico jurídico y elaboradas mediante la interpretación del lenguaje legal⁵⁵.

5- La prueba en la Constitución Nacional

Nuestra Constitución Nacional no tiene una disposición expresa de cómo debe llevarse a cabo la realización de la prueba en el juicio. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en interpretación de la misma ha sostenido conforme lo establece el art. 18 que el debido proceso legal está conformado por cuatro pilares básicos, cuales son la Acusación Defensa, Prueba y Sentencia, debiéndose llevar a cabo en forma oral conforme las disposiciones que hacen al juicio por jurados. (arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la Carta Magna).

⁵³ **El art. 210 del C.P.P.B.** A. reza “**Valoración.** Para la valoración de la prueba sólo se exige la expresión de la convicción sincera sobre la verdad de los hechos juzgados, con desarrollo escrito de las razones que llevan a aquella convicción. Esta regla rige para cualquier etapa o grado de los procedimientos”.

⁵⁴ **BERTOLINO, Pedro J.** “Acerca de la regla para la valoración de la prueba en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”, J.A. (2001) –III. P. 964.

⁵⁵ **FERRAJOLI**, “Derecho y Razón”, (2000), Editorial Trotta Madrid p. 53.

Ahora bien, el juicio previo que puede dar base a una condena no es cualquier concatenación de actos procesales sino un procedimiento reglado acorde los principios ordenatorios del juicio, a saber: oralidad, inmediación y publicidad; garantías procesales ellas de fondo como es el derecho de defensa que abarca también la igualdad de armas y control e la prueba de cargo.

Así uno de los principales ejes de la etapa de debate es la oralidad y su principal razón como también de la publicidad radica en el control de la prueba. Que valorará el tribunal en la sentencia, instituyéndolo como culminación del procedimiento que proporcione la base de la sentencia. En consecuencia la prueba introducida por las partes al debate oral y público es la única que puede fundar una sentencia, la incorporación por lectura de medios de prueba realizados en etapas precluidas no puede servir por sí sola para dirimir el proceso, toda vez que la garantía del debido proceso exige que la información relevante que será valorada en la sentencia sea producida directamente en la audiencia de debate, por medio de la vías reguladas por el legislador en el marco del respeto de las garantías del imputado. En rigor de verdad, la incorporación de declaraciones testimoniales escritas realizadas en la etapa de la instrucción es un resabio inquisitivo que ratifica el carácter del procedimiento mixto de nuestro Código Procesal Penal de la Nación.

El debate responde a la idea de un sistema acusatorio en el que el acusador y el acusado se enfrentan en cuerpo presente aportando cada uno la prueba de la que disponen e intentando desvirtuar o poner en crisis la verosimilitud o credibilidad de los testigos y peritos de la contraparte y tal contienda deberá ser dirimida por un tribunal imparcial. Con lo cual los resabios del sistema inquisitivo se manifiestan y aplican no sólo en el procedimiento preliminar sino también en el juicio oral propiamente dicho.

En consecuencia, si la incorporación por lectura al debate se efectuara para marcar las contradicciones entre ellas y las declaraciones del mismo testigos en el debate, ello no causaría perjuicio o si ellas no son valoradas para fundar la condena y ante la imposibilidad de verificar la verosimilitud del testimonio en el debate esos resabios inquisitivos ser verían atenuados o neutralizados.

6- Adquisición, producción y valoración de la prueba como actividad en el proceso penal e imparcialidad del juzgador

Conforme nuestro bloque constitucional, “el derecho a la prueba” –en el debido proceso penal acusatorio- sólo se les reconoce a las partes. Ya que la constitucionalización del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba lícitos y pertinente al objeto procesal, es inescindible de la garantía de defensa en juicio (art. 18 CN); mucho más, después de la recepción interna de los tratados supranacionales en materia de derechos humanos (CN , art. 75 inc. 22, DAD y DH, art. XXVI; DUDH, arts. 10/1; DADH, art. 8, nro. 2, letra f; PIDCy P, art. 14, nro. 3, letra “e”; idem CPPBA. Art. 11⁵⁶).

Prueba es todo elemento o dato objetivo que se introduzca legalmente en el proceso y sea susceptible de producir en el ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva.

Su principal destinatario es el órgano jurisdiccional, quien deberá resolver el litigio y en tal sentido, según su pensamiento, como director del proceso tendrá la facultad de exigir que la discusión de los otros sujetos se realice dentro del ámbito objetivo que corresponda. Sin embargo, también entiendo que sin la crítica que puedan efectuar las partes, no es posible una valoración que pueda hacer en definitiva el juez. Se entiende que todos deben tener la posibilidad de valorarlos, aunque la discusión no sea perfecta o exhaustiva.

Es decir, el conocimiento al cual se arrije debe estar basado en elementos objetivos que ingresen al proceso de la forma que la ley lo establezca y no en un conocimiento privado ni en meras conjeturas o impresiones que surjan de su imaginación o de opiniones carentes de base externa. Consecuentemente el tribunal no puede basarse en elementos de prueba que no se han incorporado al proceso en legal forma.

Tal regla no es consecuencia de método valorativo alguno, sino derivación del principio de principio constitucional que impone la inviolabilidad de la defensa. (CN. Art. 18). Por lo tanto la prueba con que se fundamente el fallo a dictarse, deberá ser en las que pudo basarse el órgano de Acusación y Defensa.

La actividad probatoria propuesta por los sujetos procesales en el juicio, estará dirigida a someter a los sentidos del tribunal la información que justifique la hipótesis del hecho que se alega. Esta información ha de distinguirse según contenga circunstancias que permitan inferir el

⁵⁶ FAVAROTTO R. y otro “El Juicio penal bonaerense”, Ediar, Buena Aires (2013), p. 166.

hecho objeto del proceso o que conlleve referencias que si bien no están directamente vinculadas a aquél, contienen un dato revelador de otro hecho, que a su vez conduce a inducir lógicamente el acontecimiento principal⁵⁷.

A diferencia de lo que ocurría en el proceso penal romano, donde el juez debía extraer de los elementos de la causa los argumentos para resolver la cuestión traída a su examen, mediante un cálculo analítico y sintético de su intelecto formando por sí mismo a través de su subjetiva apreciación del caso, con el nacimiento de la República se impone un nuevo tipo de proceso, de carácter acusatorio, que desplazó la persecución penal del magistrado al ciudadano romano⁵⁸. De esta manera se comenzó a distanciar la recolección de la prueba de quien debía realizar la acción de juzgar.

Para que triunfe la verdad que las partes pretenden demostrar en el juicio – y a la cual hemos hecho referencia como construcción jurídica- es preciso que todos los sujetos procesales hayan podido examinar, controlar y valorar los elementos probatorios. Decir que las pruebas se incorporen al proceso legalmente, implica que se cumplan con todas las condiciones formales establecidas en el código respetándose las garantías constitucionales.

En consecuencia, conforme el proceso acusatorio el juez no puede proceder por iniciativa propia, de oficio, sino tan sólo a instancia del Ministerio Público Fiscal y en su caso si tuviere que investigar (de acuerdo el sistema mixto del orden federal) debe limitarse al hecho base de la pretensión jurídico penal deducido. Es decir, su actividad resultaría ilegítima si tratara de descubrir otro hecho. Sin embargo, el juicio plenario (oral en la provincia de Buenos Aires) no se concibe sin una acusación formal, basada en un hecho determinado y dirigida a una persona determinada. La limitación de la actividad probatoria es amplia, tanto objetiva como subjetivamente.

Coincidentemente, Schiavo sostiene que para que una prueba pueda servir de base y apoyarse la hipótesis de la imputación debe ser realizada dentro del “debido proceso” , entendiéndose por tal aquel proceso garantizado por la ley, y en este punto dice que se debe considerar la regla de exclusión probatoria que se encuentra contenida en el art. 211 del CPPBA. Es decir, el juez no se encuentra habilitado a formular ningún juicio de valor vinculado con la hipótesis de imputación, sobre la base de prueba excluida por haber sido realizada en vulneración a la ley vigente.

⁵⁷ **FALCONE Roberto A. – MADINA, Marcelo A.** *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires* (2007) 2da. Edición actualizada y ampliada. Ad. Hoc. pág. 247.

⁵⁸ **FALCONE, Roberto A.** op cit. p. 260.

Ahora bien, si nos detenemos a considerar la actividad probatoria (con el esfuerzo incesante que realizan los sujetos del proceso en procura de hacer resplandecer la verdad) se advierte que esto se realiza en tres momentos diferentes: **1-) producción; 2-) recepción; y 3-) valoración de la prueba.**

La experiencia jurisdiccional, escribe Illuminati, opera en tres planos o momentos: el de **adquisición y práctica de la prueba**; el de la **decisión final sobre el hecho objeto de imputación**; y el de la **valoración del material probatorio**. El primero (adquisición y práctica de la prueba) se halla ampliamente tratado en los códigos procesales, que regulan minuciosamente el modo de operar con los distintos medios de prueba. El segundo (decisión final sobre el hecho objeto de imputación) está sujeto a principio in dubio pro reo, ahora de presunción de inocencia, del que aquél es, en realidad una implicación. El tercero (valoración del material probatorio), en la onda de esa concepción de la libre convicción a que acaba de hacerse referencia, ha estado tradicionalmente librado, como lo está aún hoy en no desdeñable medida, a la más absoluta discrecionalidad judicial⁵⁹

En relación con lo que venimos sosteniendo, debe entenderse por **1-) producción de la prueba** como la tentativa de introducir en el proceso un medio de prueba que se presume pertinente y útil a la investigación de la verdad, o sea, que probablemente contendrá un elemento de prueba.

En la etapa de instrucción (el juez en el código federal o en su caso el fiscal en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires) tiene el deber jurídico de investigar la verdad, lo que significa que debe ordenar la recepción de toda prueba relevante, cualquiera que sea su presunto resultado.

En la etapa de juicio, con características marcadamente acusatorias, con excepcionales previsiones de tipo inquisitivo, la producción de la prueba se lleva a cabo de modo distinto. Las partes tienen el derecho de ofrecer las pruebas durante el plazo de citación a juicio y el tribunal tiene la obligación de recibirlas oportunamente en el debate, pudiéndose sólo rechazar la prueba superabundante o bien impertinente⁶⁰.

⁵⁹ ILLUMINATI, G. La presunzione d'innocenza dell'imputato, Zanichelli, Bologna, 1979, pp.90/91, citado por Ibáñez Perfecto Andrés, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, José Luis Desalma Editor, p. 27.

⁶⁰ El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires reza en el art. 338 quinto párrafo "...En el curso de la audiencia (preliminar) se tratará lo referido a...El tribunal podrá sugerir la prescindencia de aquella prueba que aparezca como manifiestamente impertinente, superabundante o superflua, a cuyo fin podrá convocar a las partes aún sin petición expresa de éstas, si lo considerase necesario".

Bajo el diagrama de un sistema mixto y acusatorio formal, el principio general no es absoluto, ya que el Tribunal se limita a verificar las proposiciones de las partes; sin embargo se tienen dos excepciones de tipo inquisitivo establecidas en homenaje al principio de verdad real:

a-) Ejemplo de ello es que el tribunal de oficio puede ordenar antes del debate una instrucción suplementaria con actos de indispensable realización que se hubieran omitido o fuere posible cumplir en la audiencia recibiendo declaración a las personas (testigos o peritos) que por enfermedad u otro impedimento sea probable que no podrán concurrir al debate (art. 357 del CPPN). Esta facultad cuya utilización -a mi modo de ver- afecta la imparcialidad del órgano de juicio, ha sido gratamente superada por el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (conf. Ley 27063), impidiendo que el tribunal tome contacto previamente al juicio con las constancias probatorias recolectadas durante la instrucción no pudiéndole solicitar a la oficina judicial el auto de apertura o demás constancias que aquella o el Ministerio Público Fiscal posean (art. 248 segundo párrafo CPPN conforme ley 27063).

El legislador bonaerense en el digesto provincial, bajo un sistema acusatorio formal, dejó un tinte inquisitivo en lo que hace a la prueba, cuando recepcionó la cuestión que venimos tratando en el artículo 338 (etapa preliminar) autorizando al tribunal a sugerir prueba o su prescindencia por entenderla superflua o a las partes, también facultando al tribunal -en materia probatoria- a hacer comparecer en el juicio a quien haya intervenido en alguna prueba y las partes hayan solicitado su incorporación por lectura al mismo. Subyace de ello una postura paternalista del juez hacia las partes, que bajo los parámetros de justicia y equidad conlleva a la una valoración “anticipada” de la prueba por parte del tribunal, afectándose de alguna manera la imparcialidad (distancia que debe mantener el mismo de ella y preservarse para la decisión final).

b-) Otro claro ejemplo de ello lo encontramos en la facultad que posee el Tribunal en el curso del juicio, a ordenar aún de oficio pruebas que considere manifiestamente útiles (art. 388 del C.P.P.N.). Ello marca una vez más a mi modo de ver la afectación de la imparcialidad con facultades que le son otorgadas al tribunal que le dan la posibilidad de producir prueba de oficio. Tal facultad no sólo fue suprimida por el legislador nacional con la ley 27.063, autorizando a producir prueba sólo a petición de parte (art. 267⁶¹), sino que expresamente negó en forma

⁶¹ El art. 267 del CPPN (conf. Ley 27.063) reza: “A petición de laguna de las partes, los jueces podrán ordenar la recepción de pruebas que ellas no hubieren ofrecido oportunamente, si no hubieren sido conocidas al momento del ofrecimiento de la prueba... el tribunal podrá autorizar, a petición de parte, la producción de otras pruebas destinadas a esclarecer esos puntos...”.

categoría a los jueces la facultad de formular preguntas en el debate (art. 264 del ritual⁶²); cuestión –esta última- que ha sido legislada en la provincia de Buenos Aires bajo una posición intermedia, otorgando facultades a los jueces para realizar “preguntas aclaratorias” (art. 364 del C.P.P.B.A), implicando ello una valoración anticipada de la respuesta del testigo, es decir, antes de dictarse el fallo.

2-) La **recepción de la prueba** –su ingreso efectivo en el proceso, es decir, el acto en que el juzgador toma conocimiento del medio de prueba- es obra del mismo, aunque eventualmente colaboran el fiscal, el defensor y el resto de las partes. Durante la instrucción bajo un sistema acusatorio, lo hace el fiscal, sin embargo bajo un sistema mixto con instrucción a cargo del juez, aquél puede asistir a todos los actos que se desarrollen durante la tramitación de tal etapa. En algunos casos lo hacen también los defensores, ya sea en los adelantos extraordinarios de prueba, o bien cuando asistan al imputado al proponer medidas que se deben realizar.

Sin embargo durante el debate no pueden existir limitaciones para las partes y en esta lógica tanto el fiscal como el defensor están autorizados a formular directamente, preguntas a las partes, testigos, peritos e intérpretes, limitándose el tribunal a recepcionarla.

3-) La **valoración de la prueba** consiste en el examen crítico de los elementos introducidos en el proceso, o sea, una obra lógica y psicológica de singular trascendencia, destinada a descubrir la verdad de los hechos que se investigan y expresada en la discusión y en el pronunciamiento jurisdiccional. El momento de la valuación es el momento culminante del desarrollo procesal, en el cual el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis crítico, razonado, sobre el valor acreditante que los elementos probatorios introducidos tengan. Este examen de mérito, si bien lo realiza en definitiva el juez o tribunal al momento de decidir, siempre está precedido de la actividad crítica que las partes hacen de las pruebas, traducida en los alegatos sobre el mérito de las mismas, colaborando de esta manera en aquel análisis⁶³.

Sin embargo durante la instrucción, el juez o el fiscal realiza esta valoración en diferentes momentos, así cuando resuelve la situación del imputado, disponiendo su procesamiento o bien declarando que no hay mérito para ello; también cuando decide la elevación de la causa a juicio o bien resuelve el planteo de un sobreseimiento o excepción. También le cabe al defensor del

⁶² El artículo 264 del CPPN (conf. Ley 27.063) prescribe: “Los testigos y peritos... serán interrogados por las partes... Los jueces no podrán formular preguntas...”.

⁶³ JAUCHEN, Eduardo M. “Tratado de la prueba en materia penal”, Santa Fe, (2002), Rubinzal Culzoni Editores, p. 45.

imputado, si se opone a la remisión de la causa a juicio o bien deduce las excepciones. En el juicio, el Tribunal efectúa el análisis en el momento de la deliberación haciéndolo el fiscal y defensor en un momento previo a ello, es decir, en los alegatos o discusión final del debate.

Está claro entonces que, tal como se dijo, la valoración de la prueba no es una cuestión estrictamente del juez sino que también atinente a las partes. Ello exige un examen crítico tanto del Fiscal como de la Defensa de los elementos probatorios introducidos en el proceso con el propósito de adoptar alguna decisión de mérito, o sea, una obra lógica y psicológica de singular trascendencia, destinada a descubrir la verdad de los hechos que se investigan expresada en la discusión y en el pronunciamiento jurisdiccional⁶⁴.

En tal sentido vemos que tal actividad (valoración de la prueba) se desarrolla en forma conjunta con la adquisición y producción en dos etapas o momentos diferentes: a-) la instrucción y b-) el juicio propiamente dicho.

a. Actividad probatoria en la instrucción

La recolección de elementos de prueba durante la instrucción penal, es una cuestión de trascendental importancia y controversia en lo que hace a la conformación de la convicción y la verdad en el órgano de juicio. El tema ha sido abordado por distintos autores con diferentes posturas las que han oscilado entre la formalización de los actos procesales o su protocolización a través de actas escritas, y la oralidad. No debemos perder de vista la finalidad de la instrucción: recolectar elementos de prueba que permitan llevar al sujeto a juicio y allí debatir sobre la responsabilidad penal que le pudo haber cabido en el caso.

Sin duda alguna que la idea de lograr una compatibilidad dentro del mismo sistema penal (instrucción y juicio) es que en la instrucción se logre la mayor oralidad posible. Ello a los fines de poder incorporar los actos que se realicen durante esta etapa sin contrariar los principios que rigen la de juicio (oralidad, inmediación, el contradictorio, igualdad de armas etc.).

Si se acepta que la oralidad es una de las características del juicio propiamente dicho, es inconsecuente con ello, mantener la idea de una etapa de preparación de la investigación penal *escrita y formalizada*, tendiente a la construcción de un expediente, ya que esa construcción irrumpe luego en la fase del juicio y desvirtúa las características que le son propias (dando cabida

⁶⁴ VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal, t. I, Lerner, Buenos Aires, 1968 p. 351.*

por ejemplo al ingreso del expediente a través de actas, etcétera)⁶⁵; formando convicción antes del debate , afectándose de la forma la imparcialidad .

Oralizar la investigación previa al juicio, la llamada etapa inicial, significa adelantar la posibilidad de contradicción mediante la realización de audiencias, y esto no sólo permite llegar con más transparencia y claridad al juicio mismo – con aquellos casos que deben llegar a esta instancia- sino que da lugar a un orden mayor en las discusiones que se den sobre cada uno de los casos y tópicos, y una clarificación de los objetivos que cada parte persigue con cada petición que realiza⁶⁶.

Podemos delinear entonces las principales diferencias que existen entre los actos de investigación y los de prueba propiamente dichos. Así, mientras los primeros son privativos de la instrucción preparatoria y tienen por objeto la preparación del juicio oral, los actos de prueba son realizados –salvo excepciones- durante el juicio oral, y su finalidad consiste en formar la convicción del tribunal acerca de la existencia o no del hecho punible y de la participación en él del imputado. Ello por cuanto las pruebas surgen del proceso, o sea las que se desarrollan ante el juez, en el debate contradictorio, pero no todas se pueden remitir al debate: algunas se adquieren inmediatamente, porque después sería imposible hacerlo, o corren el riesgo de ser destruidas. Casos semejantes requieren que se tomen pruebas anticipadas⁶⁷”. Ello provoca en muchas ocasiones que se protocolice la prueba, y para ello sea valorada por el “juez de control o de garantías” durante la instrucción (IPP) en la provincia de Buenos Aires o bien por el mismo juez instructor en el orden federal, pronunciándose en forma anticipada al momento final de ambas etapas. (Requisitoria de Elevación a Juicio y Fallo)

Mientras la etapa preparatoria del juicio se mantenga bajo la forma y la lógica de la “instrucción y el expediente” el mismo juicio oral y público estará en serios peligros, como lo ha demostrado la experiencia de los “sistemas mixtos” tal el código federal (ley 23.984). Por tal razón,

⁶⁵ **SORIA Patricia y otro**, *La pregunta sugestiva como herramienta para el contrainterrogatorio o contraexamen de testigos y peritos en los sistemas adversariales*, publicado en Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal Cafferata Nores José I. compilador. Homenaje a Manuel N. Ayán Editorial Mediterránea (2010) p. 184. En la cita 4 del artículo la autora citando a Caferrata dice “Esta disfunción es conocida como la “ultraactividad de la investigación”, que puja para que sus pruebas sirva de base , no sólo a la acusación como debería ser, sino también a la decisión definitiva del caso., cfr. CAFFERATA NORES, José I. , Consensos y Nuevas ideas, p. 99 .

⁶⁶ **SORIA Patricia y otro**, *La pregunta sugestiva como herramienta para el contrainterrogatorio o contraexamen de testigos y peritos en los sistemas adversariales*, publicado en Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal Cafferata Nores José I. compilador. Homenaje a Manuel N. Ayán Editorial Mediterránea (2010) p. 184.

⁶⁷ **FALCONE Roberto A. – MADINA, Marcelo A.** *El proceso penal en la provincia de Buenos Aires* (2007) 2da. Edición actualizada y ampliada. Ad.Hoc, p. 241/242

la utilización de audiencias orales y públicas para resolver todos los litigios previos al juicio mismo es una de las mejores formas de introducir una práctica masiva totalmente contraria a la tradición inquisitorial, con gran beneficio para la celeridad y eficiencia del debido proceso penal. Esta forma de organizar el litigio, por otra parte, hace nacer verdaderamente la función jurisdiccional durante la etapa preparatoria, alejándola del paradigma del juez instructor y llevándola hacia sus verdaderas tareas de control y resolución, sin comprometerse en la investigación de caso⁶⁸”

El tema central pasa por un lado en analizar cómo el Ministerio Público Fiscal durante la Investigación Penal Preparatoria, lleva adelante la misma acopiando piezas probatorias que pretenderá hacer valer en el juicio, garantizando a su vez, el debido control sobre la misma; por otro de qué forma tal acopio de constancias probatorias afectan de la menor forma posible a quien deba resolver la remisión o no de la investigación a juicio, como por otro lado cómo van a ser valoradas las piezas incorporadas al proceso en la etapa de juicio (de lo que nos ocuparemos más adelante) . Es decir, ver de qué forma o manera se pueden compatibilizar estas dos etapas que, si bien es cierto, tienen fines diferentes el objetivo integrador es uno: el debido proceso penal que lleva adelante el Estado para imponer una pena.

Es decir, el punto que se trata de destacar en este ítem está relacionado con la adquisición de la prueba como forma de incorporar la información que se pretende atraer –al proceso-. Tal adquisición en la provincia de Buenos Aires la hace el fiscal sin formalidad alguna (art. 275 del C.P.P.B.A.), salvo aquellos casos en los que deba requerir autorización previa al juez de Garantías, tal el caso del registro domiciliario (art. 224 del CPP) o requisita personal (art. 219, 225 del CPP); allanamiento de morada (art. 220); de otros locales (art. 221); secuestro de cosas relacionadas con el delito (art. 226); orden de presentación (art. 227); interceptación de correspondencia (art. 228); intervención de comunicaciones telefónicas (art. 229) o bien los anticipos extraordinarios de prueba del art. 274 del C.P.P.B.A.. En estos casos el juez de Garantías hace una valoración de las actuaciones acopiadas, lo mismo ocurre en los casos que se requiera su intervención para resolver medidas cautelares de índole personal (detención 151 del CPP); prórroga de la incomunicación (art. 152); prisión preventiva (art. 157) y sus morigeraciones; como medidas cautelares de carácter real (art. 197 del CPP). En el mismo sentido al finalizar la investigación en ocasión de resolver la

⁶⁸ **BINDER Alberto**, *La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la república*. Escritos para el desarrollo del curso “Diplomado en Cuestiones de Diseño Institucional de la Justicia Penal”, llevado adelante por el INECIP – Córdoba, Córdoba, 2004 citado en SORIA PATRICIA Y OTRO, “La pregunta sugestiva como herramienta para el contrainterrogatorio o contraexamen de testigos y peritos en los sistemas adversariales”, publicado en Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal Cafferata Nores José I. compilador. Homenaje a Manuel N. Ayán Editorial Mediterránea (2010) p. 186.

elevación de la causa a juicio, su oposición ante pedido de sobreseimiento o cambio de calificación si cupiere (Art. 323 del CPPBA).

Ahora bien, también advertimos que esa intervención del juez de garantías durante la recolección de prueba del fiscal también va afectando la imparcialidad que el mismo debe preservar y permanecer incólume al momento de resolver en la etapa intermedia. Ya que su formación cognitiva respecto del caso va teniendo una influencia como consecuencia de la resolución en los casos que interviene durante la investigación.

En consecuencia vemos que el control de la conclusión que haga el fiscal respecto de la investigación penal – que se encuentra prevista en el art. 23 inc . 5to. , 334 y siguientes del C.P.P.B.A- debiera ser realizada por un órgano jurisdiccional diferente al que interviene durante dicha etapa (instrucción). Ello a fin de no verse afectada la imparcialidad que debe mantenerse en el proceso y que inevitablemente se ve afectada por su intervención en la resolución de cuestiones previas a ello.

b- Prueba en el juicio y el valor de las piezas escritas recolectadas en la instrucción

Desde mi punto de vista, la cuestión probatoria en la etapa de juicio, es central en lo que hace no sólo a la prueba en si misma sino también a la formación de la convicción del juez y la afectación de la imparcialidad respecto de las constancias probatorias de la instrucción y de la que se produce en el debate.

La actividad probatoria no representa un fin en sí misma sino que constituye el presupuesto que autoriza a los órganos públicos competentes a tomar decisiones que importan restricciones a derechos que goza el imputado o, eventualmente, terceras personas, ya sea durante el trámite del proceso o bien como conclusión de éste. De tal manera, que la noción de prueba pasa a tener una importancia decisiva dentro del elenco de garantías que componen el Estado de derecho, toda vez que elimina la posibilidad de que el poder punitivo sea ejercido de manera potestativa, es decir, sin anclajes objetivos que puedan ser verificados y controlados⁶⁹.

⁶⁹ **BERALDI, Carlos A. y otros** “Proceso y Procedimientos especiales” , Abeledo Perrot (2012) , cap. VIII “Prueba”, p. 313 y stes.. El autor citando a Ferrajoli, Luigi “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Trotta, Madrid 1997, p.36 dice “El segundo elemento de la epistemología garantista es el cognoscitivismo procesal en la determinación concreta de la desviación punible. Este requisito afecta a aquella parte de los pronunciamientos jurisdiccionales que viene constituida por sus “motivaciones”, es decir, por las razones de hecho y de derecho acogidas para su justificación. Tal requisito viene asegurado por lo que se llama el principio de estricta jurisdiccionalidad, que a su vez exige dos condiciones: la

Dice Beraldi⁷⁰ que “prueba” es un presupuesto del juicio y sin ella no puede haber una sentencia válida. En otras palabras un pronunciamiento judicial dictado sin pruebas que lo respalden o sostenido exclusivamente en la voluntad de quien lo emite constituye un caso paradigmático de arbitrariedad en el sentido técnico que nuestro más Alto Tribunal asigna a la expresión y, por ende, no represente un acto jurídico válido emanado del derecho vigente.⁷¹ También señala que por prueba se entiende toda actividad procesal dirigida a probar o descartar la existencia de hechos que guardan relevancia con el objeto del proceso y habiliten a los órganos públicos competentes a adoptar decisiones de mérito, particularmente en lo que se refiere al ejercicio de la reacción penal y procesal penal⁷².

Se ha dicho que sólo es prueba la formada por el conjunto de actividades con fines de acreditación de la veracidad de afirmaciones relativa a los hechos objeto del proceso, que se practica en el juicio oral, con sujeción a los principios de inmediación, oralidad, y contradicción, sin embargo existe un énfasis desmedido utilizado por los tribunales de juicio del cuadro de excepciones, que muchas veces hacen que, realmente lo excepcional sea la aplicación de la regla⁷³.

Destaca Andrés Perfecto Ibáñez -citando a Cordero- que las dificultades que presentan en la afirmación que antecede no tiene una solución perfecta, por lo que a su juicio habría que buscar la forma de solución menos imperfecta ya que repugna a la economía del trabajo decisorio excluir del juicio toda palabra emitida en las fases anteriores, pero si este material fuese indiscriminadamente valorable, no habría cambiado nada *ab illo tempore* y estaríamos ante una media oralidad⁷⁴.

verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación.

⁷⁰ **BERALDI, Carlos A. y otros** “Proceso y Procedimientos especiales”, Abeledo Perrot (2012), cap. VIII “Prueba”, p. 311 y stes.

⁷¹ **SAGÚES; Néstor P.** “Recurso Extraordinario, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1984, págs. 701 y ss. citado por **BERALDI** ob. cit.

⁷² **BERALDI, Carlos A. y otros** “Proceso y Procedimientos especiales”, Abeledo Perrot (2012), cap. VIII “Prueba”, p. 311 y stes.

⁷³ **ANDRÉS IBAÑEZ, PERFECTO**, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, José Luis Desalma Editor, p. 130.

⁷⁴ **CORDERO, F.**, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 7ª ed., 2003, p. 698, citado por **IBÁÑEZ PERFECTO ANDRÉS**, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, José Luis Desalma Editor, p. 130.

José Cafferata Nores⁷⁵ postula que sin duda uno de los principales problemas del juicio penal, es el de las llamadas “excepciones a la oralidad”, que en realidad afectan a todos los otros caracteres. Un testimonio recibido en la investigación preparatoria y sólo “leído” en el juicio, vulnera la publicidad, pues el público no ve ni oye al testigo. También la inmediación, pues ni el acusador, ni la defensa, ni los jueces tienen contacto directo con él; también el contradictorio, pues las partes no pueden preguntar ni repreguntar; y la identidad física del juez, pues el juez que recibió originariamente el testimonio, no es el mismo que debería dictar la sentencia que utilizará esos dichos como prueba. También entiendo afecta la imparcialidad ya que el juez tomará contacto en forma anticipada al juicio del testimonio recibido en la instrucción, formando convicción al respecto.

Lo más correcto sería que ninguna prueba recogida en la instrucción o etapa preparatoria para el juicio pueda dar base a la sentencia sin “producirla” en el debate (oral y público) ante los jueces que deben dictar el fallo (prueba directa) y con la vigencia del contradictorio entre Acusación y Defensa.

De hecho nuestro sistema constitucional impide que haya prueba de cargo sin contradictorio, es decir, sin la posibilidad del imputado o su defensor de interrogar a los testigos y otras personas presentes en el tribunal; de obtener la comparecencia de los testigos de descargo, y de que éstos puedan ser interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. En esto se coincide en cuanto a que la garantía del contradictorio no tenía otra cosa que la “posibilidad de la refutación o de la “contraprueba”⁷⁶.

Sin embargo, resulta necesario que el sistema acepte ciertas excepciones (denominadas pruebas indirectas). Uno de los casos es la “contradicción anticipada”, es decir, la posibilidad real de participación del acusador y de la defensa en la recepción de la prueba que se dispone durante la investigación, cuando ella “no pudiese resultar producida durante el debate (autopsia)” o bien “en el caso de que se presuma en forma anticipada que no se podrá desarrollar durante el juicio” o en el caso “cuando resultara posible de que peligre la prueba en caso de ser reproducida en el debate” (caso del testigo amenazado) .

⁷⁵ CAFFERATA NORES, José I. y otros; “Lectura de Testimonios en el juicio por “razones de emergencia no previsibles”, publicado en “Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal” Editorial Mediterránea, Córdoba (2010), p. 69.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razon”, p. 150.

El caso más discutible -sostiene-, aceptado por la generalidad de los códigos modernos, es la utilización de prueba imprescindible realizada en aquella etapa de investigación, sin la “contradicción anticipada”, cuando su reproducción en el juicio sea materialmente imposible por estrictas razones de emergencia no previsibles (ej. testigo que falleció imprevistamente).

Sin embargo postula, a su juicio, que no existen “razones de emergencia no previsibles”, cuando el testimonio que se quiere incorporar no contó con la efectiva posibilidad de una contradicción anticipada, porque la comparecencia personal del testigo pudo ser prevista por los órganos estatales por aviso, o por el curso natural y ordinario de las cosas. Esta imprevisión o desatención de la justicia no puede esgrimirse en contra del imputado para cercenar su derecho constitucional de defensa que integra con los derechos de confrontación e interrogación de testigos de valor dirimente para su condena posterior, mediante el cómodo expediente de incorporar actas instructoras en las que consta su deposición escrita. Es de la opinión el autor que en lo que hace a estos supuestos de imprevisión estatal, no parece la incorporación al debate por su lectura del testimonio brindado en la investigación –sin la contradicción anticipada- que pueda autorizarse, sin vulnerar lo establecido en los arts. 8.2.f. CADH; 14.3.e. PIDCP y 75 inc. 22 CN pues ello importaría convalidar el fruto de la negligencia del Estado, responsable único de formular y sostener la Acusación. Ni puede tampoco achacarse a la defensa del acusado no haber requerido vías de contradicción anticipadas para validar, nada menos que la admisibilidad de una prueba de cargo.

En dicha sintonía se ha dicho que el proceso es, proceso de adquisición de conocimiento, y se orienta, precisamente, a hacer posible este fin, al que sirve también el paradigma indiciario, generalmente consagrado en las legislaciones procesales de inspiración liberta, que busca conjurar el riesgo de los posibles excesos de subjetivismo, ya en la actuación del investigador judicial (y, antes en la del policial). En esta idea, es decir, del proceso como técnica de averiguación, la fase de investigación o de instrucción debería ser sólo momento de elaboración de hipótesis e individualización de posibles fuentes de prueba, idealmente destinadas a ser objeto de una evaluación provisional de posible rendimiento; para, en función de éste, en su caso, ser propuestas y en su día llevadas a juicio de la manera más genuina, para, dentro de él, ser sometidas a una valoración contradictoria⁷⁷.

⁷⁷ ANDRES IBÁÑEZ, PERFECTO, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, José Luis Desalma Editor, p. 134

Existe consenso que cuando hablamos de las características de las audiencias de debate en la etapa del proceso denominada juicio propiamente dicho, estamos refiriéndonos a una metodología para tomar decisiones cuyas características principales son el uso de la palabra; la inmediación de los sujetos procesales con la prueba; la concentración de audiencias que se deben desarrollar en forma continua y consecutivas, tantas como fueren necesarias, hasta la culminación del juicio y la vigencia del principio de igualdad de armas que comprende el derecho de todas las partes a estar asistidas técnicamente y a verificar y refutar la información que es traída a juicio.

Esta verificación de información sólo es posible alcanzarla plenamente a través de un principio clave y fundamental en el ejercicio de la oralidad, que se instituye en el continente y contenido de la lógica acusatoria y que podemos nominarlo de distintos modos con idéntico significado: el contradictorio, el principio de contradicción, la contradictoriedad en juicio, la posibilidad de contradecir la prueba, entre otros⁷⁸.

En la práctica, con la mayor frecuencia, no se produce la prueba en el juicio oral propiamente dicho. Sino que las pruebas son formadas con anterioridad (y no siempre porque concurra el riesgo de imposibilidad de ulterior práctica), introducidas en el juicio mediante lecturas. Los tribunales suelen hablar también en estos casos de contradicción, pero es algo que sólo cabe al precio de incurrir en una auténtica falacia. Lo expresa muy bien Platón; poniéndolo en boca de Sócrates en el Fedro, cuando reprocha a la palabras escritas, que, aunque parezcan vivas, si se les interroga, “callan con gran solemnidad”; y “si se les pregunta con el afán de informarse sobre algo de lo dicho, expresan tan sólo una cosa que sierre es la misma”⁷⁹. En efecto, en el supuesto tan frecuente de lecturas en el juicio de declaraciones producidas en la fase anterior del procedimiento, concurre no sólo ausencia de contradicción, sino también ausencia de inmediación. Y es que una relación dialógica actual sólo resulta posible entre sujetos presentes.

La contradicción, en el escenario de un proceso adversarial solamente puede ser ejercida por las partes cuyos intereses son contrapuestos, Ministerio Público Fiscal vs. Defensa, por ejemplo, quienes traen a juicio versiones distintas, contrapuestas. Bajo ninguna circunstancia, pueden protagonizar la contradicción quienes tienen el rol de decidir sobre la versión que

⁷⁸ **SORIA PATRICIA Y OTRO**, “La pregunta sugestiva como herramienta para el contrainterrogatorio o contraexamen de testigos y peritos en los sistemas adversariales”, publicado en Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal Cafferata Nores José I. compilador. Homenaje a Manuel N. Ayán Editorial Mediterránea (2010) p. 182.

⁷⁹ **PLATON, FEDON. Fedro**, Introducción, traducción y notas de L. Gil Fernández, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 268. citado por IBÁÑEZ PERFECTO ANDRÉS, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, José Luis Desalma Editor, p. 134.

finalmente integrará el contenido de la sentencia, actuando con imparcialidad, nos referimos obviamente al juzgador⁸⁰. El Tribunal Constitucional español en una jurisprudencia muy consolidada, ha declarado que auténticas pruebas lo son sólo las practicadas en el juicio oral, en el marco de un debate contradictorio oral producido con inmediación, es decir, ante quien debe juzgar⁸¹.

Esta afirmación que traemos a colación resulta compatible con la sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos establece el derecho que tiene todo imputado a controvertir y examinar la prueba que pretende ser utilizada en contra de sus intereses. Esta rígida cláusula de confrontación de la prueba ha impedido la introducción al juicio de cualquier testimonio realizado fuera del ámbito de la corte (*out-of-court testimonial*), el que tradicionalmente se lo conceptualiza como “testigos de oídas”.

Es de la esencia del sistema que la prueba debe producirse durante el juicio oral, donde se verifican plenamente los principios de inmediación y de contradicción. Sin embargo, se presentan situaciones excepcionales en las que se admite la posibilidad de que la prueba se produzca durante la instrucción. En esos casos excepcionales, para que la prueba pueda ser válidamente considerada, es precisa que sea sometida a control por las partes, para asegurar el principio de contradicción y el derecho de defensa, al que sería sometida en caso que su producción se produjera en el debate oral⁸².

Así como dijimos que en la etapa de instrucción se plantea la cuestión referida a la afectación de la imparcialidad del juez ya que va tomando decisiones previas, antes de resolver en la etapa intermedia, en esta (etapa de juicio) advertimos dos cuestiones: 1-) cómo el juez de juicio forma convicción antes del debate con la prueba escrita al valorar su admisión para el debate y 2-) cómo también valora prueba de la instrucción, sin reproducción oral en el debate.

⁸⁰ **BOVINO ALBERTO**, “Principios Políticos del Procedimiento Penal, Editores del Puerto Buenos Aires (2005), p. 45, sostiene “...la imparcialidad judicial es considerada principio de principios, identificable con la esencia misma del concepto de juez de un Estado de derecho. También se ha señalado que no se trata de una garantía procesal más, sino que constituye un principio básico del proceso penal, cuya vulneración impide “la existencia de un juicio penal justo”, con cita de MAIER Y LOZADA., citado por SORIA PATRICIA Y OTRO, “La pregunta sugestiva como herramienta para el contra interrogatorio o contra examen de testigos y peritos en los sistemas adversariales”, publicado en Aproximaciones a un nuevo modelo de proceso penal Cafferata Nores José I. compilador. Homenaje a Manuel N. Ayán Editorial Mediterránea (2010) p. 183.

⁸¹ **ANDRES IBÁÑEZ, PERFECTO**, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, José Luis Desalma Editor, p. 135.

⁸² **LLERA, Carlos E.** “La incorporación por lectura de declaraciones testimoniales recibidas en la instrucción sin control de la defensa” L.L., 2010-D p. 723.

c- Normas en juego

La llave que permite la conexión entre el material probatorio recolectado en la instrucción y el debate, como su valoración por el tribunal de juicio la encontramos en diferentes normas que el legislador ha consignado en el digesto nacional y provincial. Si bien es cierto, nos hemos propuesto analizar en el presente trabajo el que se encuentra regulado en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, las disposiciones establecidas en el Código federal y su desarrollo jurisprudencial nos servirán de cotejo del digesto provincial.

Así el artículo 391 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que durante el debate *“las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas en la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que hayan observado las formalidades de la instrucción...”* Seguidamente enumera las excepciones las que consisten cuando: 1- el ministerio fiscal y las partes hubieren prestado su conformidad o la presten cuando no cuando no comparezca el testigo cuya citación se ordenó; 2-) cuando se trate de demostrar contradicciones o variaciones entre ellas y las prestada en el debate, o fuere necesario ayudar la memoria del testigo; 3-) cuando el testigo hubiere declarado por medio de exhorto o informe, siempre que se hubiese ofrecido su testimonio de conformidad a lo dispuesto en los arts. 357 o 386.

Por otro lado, en lo que hace a **documentos y actas** el digesto nacional autoriza al tribunal (art. 392) a ordenar la **lectura de las denuncias y otros documentos de las declaraciones prestadas** por los co imputados, ya sobreseídos o absueltos, condenados o prófugos, como partícipes del delito que se investigo o de otro conexo, de las **actas judiciales y de las de otro proceso agregado a la causa..** También se podrán leer las actas de inspección, registro domiciliario, requisa personal o de vehículos y secuestro que hubieren practicado la autoridades de prevención, con arreglo a dichas normas; pero si estas hubieran sido citadas como testigos, la lectura sólo podrá efectuarse, bajo pena de nulidad, en los casos previstos por los incisos 2 y 3 del artículo anterior, a menos que el fiscal y las partes lo consientan.

Es decir, parecería en principio que las declaraciones recepcionadas durante la instrucción no pueden suplir bajo ningún punto de vista las declaraciones testimoniales que deben recibirse durante el debate. Sin embargo el legislador ha autorizado, con un resabio inquisitivo desde mi punto de vista, a que el tribunal incorpore prueba escrita más allá de la propuesta efectuada por las partes y por encima de la oralidad que debe primar en esta etapa de juicio.

La cuestión se ha debatido entre dos líneas interpretativas jurisprudenciales opuestas, y con criterios diferentes, postulando una postura amplia y otra restringida.

Entre la primera hallamos el **Fallo Novoa**⁸³ donde se resolvió incorporar piezas escritas de la instrucción argumentando que (más allá de los principios que rodean el juicio oral) el tribunal, en las circunstancias previstas en el ley, *tiene el deber de introducir al debate y valorar todos los medios de verificación decisivos a su alcance, capaces de modificar las conclusiones del fallo, debiendo ordenar la realización de toda aquella prueba pertinente y útil para la solución del caso* (conf arts. 356,357 y 388 del CPPN). Ello basado en el *principio de verdad real*. Su inobservancia equivaldría a la *falta de consideración* de un elemento de *prueba esencial y decisiva* para la solución del caso, que impediría que una sentencia pueda considerarse como un acto jurisdiccional válido⁸⁴.

También se dijo que si bien es cierto el tribunal reconoce los derechos fundamentales de toda persona imputada de un delito a *interrogar a los testigos presentes y a ser juzgadas sin dilaciones, los pactos, si bien es cierto tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Constitución Nacional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por aquellas reconocidos y recibir para su goce la reglamentación que exclusivamente puede establecer el Congreso de la Nación, de modo que sólo podría efectivizarse “conforme las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 14 CN). Es decir, el derecho a interrogar testigos de cargo “...no es directamente operativo, sino que tiene limitaciones objetivas impuestas por la ley que regula el ejercicio de dicha facultad, con miras a cumplir fines superiores...”⁸⁵.*

Tal postura resulta contraria a la posición que coloca al juez en un lugar pasivo distante a las partes, debiendo ser el juicio una contienda entre iguales iniciada por la parte acusadora a la que le corresponde probar el hecho: éste es el único sistema que permite asegurar la imparcialidad⁸⁶.

En lo que hace al primer argumento se dijo que en el principio de inmediación es una exigencia lógica del principio de la verdad real, dado que tiene como finalidad que el juez ante quien se produce la prueba y que, a su vez será el encargado de dictar sentencia, pueda valorar

⁸³ **Fallo Novoa** número de causa 2622, de la sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal dictada el día 10-8-2000

⁸⁴ **LOPEZ, Hernán Martín**. Ob cit. publicado en Revista de Derecho Procesal Penal. (2009-02) “La prueba en el proceso penal II”. Doctrina. Jurisprudencia. Actualidad. Rubinzal Culzoni Editores (2010).

⁸⁵ **LOPEZ, Hernán Martín**. Op cit. p. 469.

⁸⁶ **RUZCONI- GORANSKY**, “Nuevamente sobre el art. 348 del Cód. Procesal” NDP, 1999-A-245/262.

absolutamente todos los efectos que se derivan del acto. En este sentido, ambos principios son, indudablemente complementarios. La característica del fallo Novoa es que no existía posibilidad alguna que los testigos de la instrucción prestasen declaración en el juicio.

El Tribunal dijo que resultaba arbitraria la supresión de la prueba por parte del tribunal de juicio, ya que teniendo en cuenta el principio de verdad real como así también el principio de comunidad de la prueba (una vez introducidos los elementos de prueba al proceso son comunes a todos los sujetos procesales) y no hay posibilidad alguna de evitar o condicionar al tribunal para que pueda ser valorados en la sentencia.

En el mismo se remite permanentemente a dos principios que relaciona entre sí. El de verdad real y el de inmediación. Nunca se dijo que la excepción contenida en el inc. 3 de la norma referida, es una consecuencia directa del principio de 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 ánimo de los sujetos procesales un conocimiento cierto, o por lo menos probable acerca de los extremos fácticos de la imputación delictiva. Era lógico que no dijera eso ya que la situación fáctica era diferente

Otro punto que basó la solución de Novoa fue el vinculado al cumplimiento de las formalidades legales exigido por la norma para incorporar por lectura las actas de la instrucción y principalmente el de ratificación.

Se resalta que la prueba legal no es sólo cuando reúne los requisitos de validez, sino cuando además de reunir esos requisitos, sino cuando, además de reunir esos requisitos, no se opone al resto del ordenamiento jurídico. En ese sentido por más requisitos que cumpla, si su utilización se opone al correcto ejercicio del derecho de defensa, es ilegal.

La declaración testimonial recibida en la instrucción exige además de la participación de la autoridad judicial que exista notificación fehaciente al imputado de la realización de dicho acto (tal el caso del art. 200 del C.P.P.) Con lo cual la ratificación de la declaración en la instrucción daría lugar a la existencia y veracidad del acto más no hallaría cumplido los principios de inmediación y contradicción quedando violados en sus aspectos restantes.

Otro de los argumentos utilizados en el fallo Novoa es que la garantía regulada en los pactos internacionales de que el imputado tiene el derecho de interrogar a los testigos, ésta debe estar debidamente reglamentada, cosa que ocurre con el art. 391 del C.P.P.

Contrariamente a lo sostenido en Novoa y en consecuencia restando una postura restrictiva se encaminaron los **casos Abasto**⁸⁷, **Almada, Pérez y Rupil**.

En el primero (**Abasto**), la condena se había fundado en las declaraciones de las víctimas, que la Cámara de Casación consideró, evaluando por sí mismo el veredicto, como *“el verdadero hilo conductor de la investigación y de la declaración de responsabilidad del imputado”*. Tales personas habían vuelto a su país y no pudieron declarar en el debate. Con cita en los **casos Unterpertinger**⁸⁸ y **Bonisch**⁸⁹ del TEDH la Sala I resolvió el 11/02/99 la nulidad de la incorporación

⁸⁷ Abasto fue condenado por dos hechos de violación, como así también por los delitos de amenazas coactivas.

⁸⁸ Antecedentes del caso **Unterpertinger**. El señor Alois Unterpertinger era un ciudadano austriaco que fue condenado penalmente ya que había sido encontrado culpable en dos episodios de reyerta familiar, entre él por un lado y su esposa e hijastra por el otro. El mismo consistió en que en el año 1980 Unterpertinger acudió a la C.E.D.H. entendiéndose que se había violado en su proceso el art. 6.1 (juicio justo o equitativo) y el art. 6.3 y el art. 6.3. d (derecho de examinación de los testigos de cargo). La queja principal residía en que dado que los testigos de cargo se habían negado a declarar en el debate, él había visto frustrado su derecho a interrogarlos, y que tampoco había podido hacerlo en ningún otro momento del procedimiento. El Tribunal reconoció por unanimidad una violación al art. 6 del Convenio, considerando a la garantía particular del art. 6.3. “d” una concreción del principio del “juicio justo”. El tribunal enfatizó primeramente que las disposiciones que permiten a los testigos negarse a declarar en casos en que se procesa a un pariente son legítimas como tales y que la incorporación por lectura de declaraciones que esas mismas personas hubieran hecho en instancias anteriores tampoco viola, en sí misma, una garantía del Convenio. Señaló que la utilización de esas declaraciones como prueba debe respetar el derecho de defensa del acusado; que el hecho de que el acusado no hubiera podido interrogar a esos testigos en ningún momento violaba la garantía procesal del “derecho de interrogar” o “hacer interrogar” a los testigos propuestos por la acusación”. El Tribunal dijo que las declaraciones de las denunciadas originarias no habían sido la única base de la condena, la única prueba, pero que la sentencia se había basado principalmente en ellas, en efecto, para dictar la condena. Dijo en particular a este respecto: “No obstante resulta claramente de la sentencia de 476/1980 que el tribunal de apelación se basó principalmente para condenar al demandante en las declaraciones de la señora de Unterpertinger y de la señorita Tappeiner a la policía, consideradas no como meras informaciones, sino como pruebas de la veracidad de las acusaciones formuladas por ellas a la sazón... Por lo tanto, el demandante no contó con un proceso justo y se violó así el ap. 1 del art. 6 del Convenio en relación con los principios inherentes al ap. 3 d. del mismo precepto”.

⁸⁹ **CASO BÖNISCH VS. AUSTRIA**, Serie A. , Nro. 92, sent. Del 6/5/1985, pub. En Tribunal Europeo de Derechos Humanos –Jurisprudencia 1984-1987, BJC, Madrid, pp. 325 ss. citado por SANCINETTI, Marcelo ob. cit p. 836 y sgtes. En el mismo dejó sentado, (luego de reconocer que hubo violación a los arts. 6.1 y 6.3 d de la CEDH) como doctrina unánime que : 1-El experto (en referencia al perito) debe ser interpretado como testigo de cargo; “se comprende fácilmente que pueden surgir dudas, en particular en el ánimo del acusado sobre la neutralidad de un perito cuyo informe ha provocado el ejercicio de la acción penal”; 2-El que hubiera sido oído ese perito no era contrario al Convenio, pero el principio de igualdad de armas, consecuencia directa de la noción de proceso equitativo exigía el equilibrio entre esta audiencia y la de las personas que, a cualquier título, pudieran ser oídas a petición de la defensa; 3-En calidad de perito, el perito oficial “podía asistir a toda la vista, plantear, con autorización del juez, preguntas al acusado y a los testigos y comentar sus declaraciones en el momento oportuno. El desequilibrio fue particularmente llamativo, dijo el Tribunal, en el primer procedimiento. Pues el experto Prändl fue admitido sólo como testigo, y, como tal, fue interrogado tanto por el juez como el perito, después de lo cual fue relegado a los bancos del público. Mientras que el Director del Instituto ejerció las facultades que le ofrecía la legislación austriaca; además interrogó directamente al señor Prändl y al “acusado”. Por añadidura, la defensa no tuvo ocasión de nombrar un “contraperito”. 4-Los fundamentos de este precedente son relativamente aplicables al problema que nos ocupa. En primer lugar por el hecho de que la expresión “testigo de cargo” del art. 6.3 es aplicada en forma amplia y autónoma, es decir, también para alcanzar a un declarante que se presenta al debate en calidad de perito (a esta definición amplia se remitía el Tribunal en decisiones posteriores). También por el hecho de que en especial en el primer procedimiento la defensa se había visto privada de examinar al perito oficial por medio del perito propio, lo cual era determinante para ejercer un apropiado derecho de examinación, dada la naturaleza estrictamente técnica del objeto del proceso. 5- En lo demás la doctrina no es directamente aplicable porque atañe más al principio de igualdad de armas, es decir, al derecho de ofrecer las mismas pruebas que la acusación, sea peritos o testigos, pues lo que está en el centro de la sentencia del TEDH es el trato dispar de un experto y el otro, por tanto, la violación al juicio justo.

por lectura de los dichos prestados por las víctimas y la sentencia que los recoge y remitió la causa al tribunal para realizar un nuevo juicio.

El fundamento utilizado consistió en que si el control útil y eficaz no pudo cumplirse porque las declaraciones fueron recibidas en un estadio procesal en que la defensa aún no existía como parte, si el juzgado previniente no arbitró medio alguno que posibilitara un ulterior interrogatorio ni aseguró que las denunciadas permanecieran en su jurisdicción, la incorporación por lectura de los dichos inculpativos conculca los derechos que consagran la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo rango constitucional implica que su violación sea de aquellas previstas en el art. 167 inc. 3 y 168 del CPPN y que conlleve la descalificación del acto procesal y del pronunciamiento que ha sido su consecuencia cuando, como aquí ocurre, la prueba restante no habilita un juicio de certeza acerca de la culpabilidad del acusado.

En el mismo sentido (en concordancia con esta tesis restrictiva de la incorporación por lectura de piezas escritas de la instrucción) *“La sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal anuló la incorporación por lectura de ambas declaraciones testimoniales debido a que entendía que las declaraciones de las víctimas habían tenido, en el caso, manifiesto carácter de prueba dirimente y por ello debía examinarse la validez del procedimiento de incorporación por lectura frente al artículo 8 inc. 2, Letra f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al punto 14 inciso 3, letra e, del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagran, respectivamente, el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos presentes en la audiencia principal, y el de toda persona acusada de delito a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo⁹⁰”*.

El mismo criterio *“...apoyándose en los fallos,... del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se concluyó en que la defensa debió contar, en algún momento del proceso, con la efectiva posibilidad de interrogar y controlar los dichos de los testigos y si aquel control “útil y eficaz” no pudo cumplirse porque las declaraciones fueron recibidas en un estadio procesal en que la defensa no existía aún como parte, el juzgado instructor debió arbitrar los medios que posibilitara un ulterior interrogatorio o asegurar que las denunciadas permanecieran en la*

⁹⁰ **LÓPEZ, Hernán Martín** “Acerca del control de la prueba como concreto ejercicio del derecho de defensa durante la etapa oral. La problemática de la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción”. Revista de Derecho Procesal Penal .2009-02 “La prueba en el proceso penal II”. Doctrina. Jurisprudencia. Actualidad. Rubinzal Culzoni Editores (2010) p. 467.

*jurisdicción.... No habiéndose cumplido con ninguno de esos recaudos, la incorporación por lectura de los dichos inculcantes conculcaba los derechos que consagran la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos*⁹¹ “...Una forma particular de la violación de este derecho se da, en efecto, cuando la acusación o la sentencia se fundan en declaraciones prestadas durante la instrucción, que luego son incorporadas al debate “por lectura”, pero que nunca dieron lugar a la posibilidad de contralor por parte del acusado o su defensor. El derecho en cuestión se halla regulado en el art. 14, 3 e del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 8, 2, f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”⁹².

El caso Almada⁹³ fue resuelto en el mismo sentido que Abasto. Mientras que en el **Caso Pérez, José D.**⁹⁴ se concluyó que:

1-) Resulta improcedente sustentar un fallo condenatorio en las declaraciones prestadas por la víctima en sede instructoria, sin control de la defensa y las cuales fueron incorporadas por lectura al debate, si del plexo probatorio tenido en cuenta por el sentenciante se advierte que sin la declaración cuestionada no se puede alcanzar la certeza necesaria en un juicio de condena, máxime si la defensa se opuso a su incorporación, reservó la vía casatoria y la testimonial cuestionada muestra grandes imprecisiones al momento de su deposición.

2-) Corresponde dictar sentencia absolutoria, si se hace lugar al recurso de casación anulando la sentencia condenatoria que se basó en el testimonio de la víctima incorporado por lectura y sin control de la defensa y el resto del cuadro probatorio otorga un marco de duda insuperable pues ella es la solución correcta por razones de economía procesal y de lógica jurídica vinculadas con la improbabilidad de eliminarlo en el futuro, debido a lo infructuoso de las averiguaciones efectuadas para hallar a las víctimas.

⁹¹**LÓPEZ, Hernán Martín** “Acerca del control de la prueba como concreto ejercicio del derecho de defensa durante la etapa oral. La problemática de la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción”. Revista de Derecho Procesal Penal .2009-02 “La prueba en el proceso penal II”. Doctrina. Jurisprudencia. Actualidad. Rubinzal Culzoni Editores (2010) p. 468.

⁹² “El derecho a la examinación de las declaraciones base de la imputación (testigos de cargo)” **Sancinetti, Marcelo** “Análisis crítico del caso “Cabezas” tomo II. El Juicio” (2002) Ad. Hoc, SRL Buenos Aires p. 831.

⁹³ **Caso Almada.** Fue resuelto el 2 de marzo de 1999. Se imputaba violación y amenazas coactivas en la que habían participado diferentes autores y en diferentes formas de intervención. En la sentencia de casación es citada una declaración prestada en la instrucción, que habría sido fundamento del veredicto de culpabilidad. En un voto autónomo del juez David éste se esfuerza por aclarar que la decisión no se contraponen con otra suscripta por él como juez de la sala II, en razón de que, en ese precedente –según David-, se trataba de probanzas que no conmovían el fallo.

⁹⁴ **CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, SALA I** (26/11/2001) en el caso Pérez, José D. (L.L. 2002- D p. 35/41)

Como fundamento de la postura que restringe la incorporación de piezas escritas al debate encuentra como fundamento la Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, la que establece que en las causas criminales el acusado goza del derecho a confrontar con quienes haya atestiguado en contra suyo. La Constitución Nacional no contiene una norma en tal sentido pero ello hace al derecho de defensa en juicio que sí lo consagra y que implica alegar y contradecir el fundamento de las pretensiones hechas valer en su contra entre las cuales se encuentra interrogar a testigos, peritos e intérpretes⁹⁵.

Dentro de las posturas restrictivas a la incorporación por lectura de piezas escritas es merecido traer a colación el **fallo Rupil**⁹⁶ citado por Aguirre⁹⁷, en el que se concluyó que:

Corresponde declarar la nulidad del debate y apartar su rol de defensor al abogado que, luego de una actitud vacilante y contradictoria, se opuso a la incorporación por lectura de las declaraciones prestadas por testigos de cargo ausentes en virtud, del requerimiento que le hiciera uno de los integrantes del tribunal para que explicara por qué se conformaba con ese procedimiento cuando a lo largo del debate había señalado la necesidad de interrogarlos en juicio pues, dicho proceder hacer ceder la confianza del tribunal acerca de que el referido letrado esté desempeñando de modo eficiente su cargo, y una decisión en ese sentido no puede ser pospuesta a la espera de la producción de un alegato.

Cuando se advierten en el expediente circunstancias concretas, vinculadas con el ejercicio de la defensa técnica que ponen al descubierto una trasgresión a la garantía de la defensa en juicio –en el caso, actitud contradictoria del defensor respecto a la incorporación por lectura de declaraciones testimoniales- que, puede afectar la validez del proceso, esa circunstancia debe ser atendida y resuelta de modo prioritario a cualquier otra cuestión que hubiere planteado⁹⁸.

Si alguna circunstancia que ponga en riesgo el estado de inocencia del imputado, como la traída a estudio, sale a la luz durante el debate, o bien, en la etapa preliminar de enjuiciamiento, es deber del juez de la causa efectuar un control y resolver lo que corresponda en armonía con las normas que regulan la materia⁹⁹.

⁹⁵ **ALMEYRA, Miguel Angel** Nota a fallo. (Regulación constitucional de prueba de testigos –la cláusula de la confrontación- . (L.L. 2002- D p. 35/41).

⁹⁶ **“RUPIL, Enrique Gabriel”** T. Oral Criminal nro. 7, 3/12/2007, L.L. 2008- D pág. 545.

⁹⁷ **L.L. 2008- C.** “Un fallo interesante: apartamiento oficioso de la defensa durante el debate” por Guido J. Aguirre

⁹⁸ **L.L. 2008- D pág. 545** “Rupil, Enrique Gabriel” Toral Criminal nro. 7, 3/12/2007.

⁹⁹ **AGUIRRE, Guido J.** “Un fallo interesante: apartamiento oficioso de la defensa durante el debate” (L.L. 2008- C)

d-) La posición marcada a través del fallo “Benitez” y “Gallo López”

Con el fallo “Benitez”¹⁰⁰ la Corte Suprema de Justicia de la Nación arrojó claridad sobre la cuestión planteada.

Dijo nuestro máximo tribunal de justicia al resolver el mismo que:

- 1- El tribunal inferior había fundado la sentencia condenatoria con prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar, pese a lo que establecen las normas internacionales de rango constitucional.
- 2- Que resultaba válido el argumento que se había utilizado para fundar la sentencia de que **la defensa no había demostrado que excluidas las declaraciones testimoniales cuya incorporación por lectura había sido puesta en crisis**, la restante prueba colectada impida alcanzar certidumbre acerca de la

¹⁰⁰ “**BENITEZ, Aníbal Leonel** s/lesiones graves” causa nro. 1524. B.1147. XL. Del 12 de Diciembre de 2012. Benítez fue condenado a la pena de dos años y seis meses de prisión y costas por haber sido considerado autor penalmente responsable del delito de lesiones graves calificado por haber sido cometido por haberlo cometido con un arma de fuego. (arts. 90 y 41 bis del Código Penal). Contra dicha sentencia de condena la Defensa de Benítez interpuso recurso de casación con fundamento en vicios de procedimiento originados durante el debate. Cuestionó la incorporación por lectura de testimonios que fueron utilizados como prueba de cargo sin que esa parte hubiera tenido la oportunidad de interrogar a los testigos y consideró que una interpretación tan amplia de las excepciones a la inmediación y a la oralidad previstas en el art. 391 del Código Procesal Penal de la Nación, además de desnaturalizar el debate, había lesionado el derecho de defensa en juicio del imputado, y en particular, su derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos, consagrado por los arts. 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. La Cámara Nacional de Casación Penal (Sala II), quien declaró mal concedido el recurso, dijo que al disponer la incorporación por lectura, se había atendido a lo dispuesto por el art. 391 del CPPN., toda vez que habían resultado infructuosas para lograr la comparecencia de los testigos a la audiencia, y que **la defensa, por su parte, no cuestionó la constitucionalidad del precepto legal invocado por los jueces. Agregó también que la defensa no demostró que, excluidas las declaraciones testimoniales cuya incorporación fue impugnada, no se pudiera llegar, de todos modos, a un pronunciamiento condenatorio.** El recurso fue declarado procedente toda vez que la “discusión” fue “determinar el alcance del 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” (art. 8.2.f. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y cc. art. 14.3.e., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y la decisión definitiva del tribunal superior de la causa ha sido contraria al derecho federal invocado por la apelante.

En lo que interesa, la Corte Suprema consideró que al realizarse el debate, se dejó constancia, de que no fue posible lograr la comparecencia de los testigos JHB, GO, HP, HRP, y PNG, y con la oposición de la defensa de Benítez, se resolvió incorporar por lectura las declaraciones que los nombrados habían prestado durante la etapa de instrucción mientras dichos imputado aún no había sido habido. Según consta en la sentencia, en su declaración ante el tribunal, el imputado había sostenido una versión contraria a la de la acusación, al afirmar que había sido B. quien le había puntado con un arma de fuego, y que por esa razón se produjo el forcejeo que derivó en el disparo. El argumento que dio base al rechazo del sentenciante fue que fueron contestes las versiones en contrario de B. y GP, así como la intervención que le achaca el coimputado Perez. Vale resaltar la particularidad del caso: que Benítez aún no había sido sindicado como autor del hecho cuando se recepcionan los testimonios cuestionados. Al respecto la Cámara de Casación penal sala II dijo que el aquo había actuado conforme lo normado por el artículo 391 inc. 1 del C.P.P.N debido a que habían practicado todas las diligencias para lograr la comparecencia de los testigos, pese al resultado negativo de las mismas. Asimismo se afirmó que la defensa no había demostrado que, suprimidas hipotéticamente tales testimoniales, no se hubiera arribado igualmente a un pronunciamiento condenatorio

forma en que sucedieron los hechos y respecto de la participación penalmente responsable de Benítez.

- 3- No se podía aseverar que del interrogatorio que se hubiera llevado a cabo en el debate no podría surgir elemento alguno que corroborara la versión del imputado y que dicho interrogatorio resulta ex ante in idóneo para lograr al menos¹⁰¹ .
- 4- El hecho de que ***el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo, carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa “si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal” ya que Lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, sino que lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba que se respete el derecho de defensa del acusado (conf. TEDH, 24-11-86, “Unterpeteringer vs. Austria”)***
- 5- Una de las declaraciones cuestionadas por la defensa, no era un testigo en sentido estricto sino quien fuera en su momento un coprocesado, entendiendo que el derecho a examinación exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra (conf. TEDH 20-9-93) (Sadi vs. Francia, serie A, N° 261-C, párr. 43 y “Barberá, Messegué y Jabardo vs. España”, serie A, N’ 146, sentencia del 6-12-88).

Compartimos que una de las funciones principales del tribunal lograr esa equiparación de posiciones entre el Estado acusador y la defensa, buscando de alguna manera reparar o “equilibrar” esa situación de diferencia originaria que venía de la instrucción, pero que para la construcción de una sentencia condenatoria necesariamente deberá contener la posibilidad de que la defensa revise y refute todas aquellas pruebas que se hicieran sin su intervención, ya sea

¹⁰¹ **LOPEZ, Hernán Martín.** “Acerca del control de la prueba como concreto ejercicio del derecho de defensa durante la etapa oral. La problemática de la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción”, p. 471, publicado en Revista de Derecho Procesal Penal. (2009-02) “La prueba en el proceso penal II”. Doctrina. Jurisprudencia. Actualidad. Rubinzal Culzoni Editores (2010).

antes de que adoptaran el rol de parte imputada en el proceso o después, para el caso en que por cualquier razón no hubiera podido controlar adecuada y eficazmente su producción¹⁰²”.

El fallo Benítez “afirma categóricamente que la base probatoria que se introduce al juicio sin control del imputado resulta ilegítima, máxime cuando la sentencia condenatoria se apoya fundadamente en pruebas dirimentes y no controladas o cuando se trata directamente de testigos “de cargo” (que la Corte define como aquellas declaraciones que fundan la acusación o una decisión judicial condenatoria). Asimismo decimos que la valoración de prueba recolectada en la instrucción sin producirla en el debate afecta la imparcialidad del juez por que el mismo forma su convicción con la base probatoria de sólo una de las partes, aumentando el desequilibrio que ya existe entre las partes.

Resulta sumamente difícil construir un supuesto válido de incorporación por lectura de un testimonio de carácter dirimente prestado durante la instrucción, sin posibilidad de control por la defensa, y que dicho testimonio resulte la base de un ulterior pronunciamiento condenatorio sin que ello afecte la imparcialidad del tribunal. Pareciera indicar que los supuestos cuestionados en el art. 391 son aquellas pruebas testimoniales de cargo dirimente con o sin consentimiento de la defensa.

El tribunal no puede escudarse a fin de incorporar prueba en que las diligencias tendientes a dar con el paradero de los testigos “resultaron infructuosas”, ya que resulta claro que dicha imposibilidad no puede pesar en contra del imputado, ni mucho menos transformarse indirectamente en un argumento que habilite el pronunciamiento condenatorio en su contra.

El Estado asume un determinado riesgo cuando somete a juicio a una persona en base a prueba realizada en la instrucción, que después no puede ser materializada en el debate, con lo cual si el Estado, a través de los tribunales o de la acusación pública, no pudo garantizar la comparecencia al debate de los testigos de cargo, ello no puede jugar en contra del imputado.

En forma coincidente se puede traer a colación también un fallo más contemporáneo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 7 de Junio de 2011 denominado “**Gallo López , Javier**”¹⁰³ . En el caso y ante la confortación de dos principios rectores como son el evitar la

¹⁰² **LOPEZ, Hernán Martín**. “Acerca del control de la prueba como concreto ejercicio del derecho de defensa durante la etapa oral. La problemática de la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales prestadas durante la instrucción”, p. 475, publicado en Revista de Derecho Procesal Penal. (2009-02) “La prueba en el proceso penal II”. Doctrina. Jurisprudencia. Actualidad. Rubinzal Culzoni Editores (2010).

¹⁰³ **GALLO LOPEZ JAVIER**” CSJN 7/6/2011 publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal , 2012, fasc. 12 , p. 2081 y sgtes. Con nota de Gabriel N. Jugo. causa nro 2222 en la que el máximo tribunal resolvió anular la sentencia del Tribunal de Casación Penal en la que se había condenado por corrupción de menor y abuso sexual, ordenando preparar

revictimización por un lado y el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (art. 8 .2.f CADH) sin que pueda establecerse en abstracto la prevalencia de alguno de ambos intereses legítimos, “la contradicción debe resolverse de acuerdo con la técnica de ponderación y a la luz del principio de proporcionalidad, según el cual sólo cabe admitir medidas que restringen un derecho de la defensa cuando sean estrictamente necesarias y en tanto y en cuanto ese sacrificio sea compensado en algún momento del procedimiento (conf. TEDH “S.N. v. Suecia” del 2/7/2002)”¹⁰⁴

7- Análisis de las disposiciones del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires

El Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires regula la cuestión planteada en el art. 366 el que en su redacción original decía:

“Podrán ser incorporados por su lectura: 1-) Las actas o dictámenes, cuando todos los intervinientes presten conformidad en la audiencia del art. 338 o lo consientan en el debate. 2-) la Declaración del imputado prestada en al investigación penal preparatoria conforme las reglas que la tutelan. 3-) La declaración de quien, al momento de llevara acabo 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. 4-) Las declaraciones de imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto de debate. 5-) La denuncia, la prueba documental o de informes, dejando a salvo la facultad de los intervinientes o del tribunal de exigir la comparecencia al debate de quienes hayan intervenido en las piezas procesales de mención. 6-) Las declaraciones o dictámenes producidos por medio de comisión, exhorto o informe siempre que se hayan respetado las reglas del artículo 241 y se estimare necesario su reproducción en las audiencias.

Dice al respecto Federico Domínguez en su comentario al artículo precedente refiere que antes del debate no hay juicio, por lo tanto no hay prueba. El legislador ha entendido que en la investigación penal preparatoria se analiza la existencia de elementos para llevar al imputado a

sicológicamente a la víctima para que declarara como testigo, si el dictamen pericial desaconsejó tal medida y el fallo cuestionado no evalúa la suficiencia de un caudal probatorio independiente. Asimismo, y en lo que al tema nos interesa la nulidad también estuvo basada en haberse incorporado por su lectura al debate la declaración sin mengua del derecho de defensa.

¹⁰⁴ **GALLO LOPEZ JAVIER**” CSJN 7/6/2011 publicado en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal , 2012, fasc. 12 , p. 2082 y sgtes. Con nota de Gabriel N. Jugo

juicio. Siendo así, la reproducción de elementos de la investigación penal preparatoria en el debate debe ser excepcional y taxativa, pues supone la afectación a la inmediación. En el sentido que venimos sosteniendo, indica el autor, que dado el sistema acusatorio adoptado por el legislador, los principios de bilateralidad, contradicción y la inmediación, en la armonía del articulado, *sólo las partes podrán solicitar la incorporación al debate de estos elementos*. Por el contrario tal facultad en cabeza del tribunal permitirá a éste elegir elementos de convicción de modo que obstruiría su necesaria imparcialidad¹⁰⁵.

La ley 12059 modificó la redacción original dada por la ley 11.922 al artículo 366 agregando (en el punto que a nosotros nos interesa) un nuevo inciso haciendo mención a la incorporación de los actos definitivos e irreproducibles que se mencionan en el art. 274 del código.

Al respecto dice Bertolino que este artículo se condice con el art. 281 del Código Jofré conforme la redacción de la ley 10.358, el que reza que ***“la declaración y las pruebas recibidas durante el sumario no pueden servir para fundar una sentencia condenatoria”***.

La redacción actual de la norma (conforme la ley 13.954 –B.O. 5/2/2009) ha efectuado dos modificaciones importantes. Una que tiene que ver con el principio general que el legislador quiso dejar sentado cuando legisló diciendo que: ***“Las actuaciones de la investigación penal preparatoria no podrán ser utilizadas para fundar la condena del imputado***. Como excepción se podrán incorporar por su lectura: ***Inc. 4-) la denuncia, la prueba documental o de informes y las actas de inspección, registro domiciliario, requisas personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate, al sólo efecto de verificar sus contradicciones , incongruencias y omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada***. El inciso 6to menciona a las ***actas de anticipos extraordinarios de prueba y las declaraciones testimoniales de niñas, niños y adolescentes***, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la comparecencia personal del declarante, cuando sea posible.

El inciso 4to. –que ha sido modificado por la ley 13.260- si bien mejora la situación de su anterior redacción, puede hacer perder el rumbo permitiendo que la dinámica del proceso se aparte del sentido contradictorio que, indispensablemente, debe observar el juicio en el paradigma del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires a partir de la sanción de la ley 11.922 del año 1998. Al interpretar la previsión que comentamos, no puede olvidarse que el principio es el de que nada de lo que se hubiera producido durante la etapa preparatoria tendrá

¹⁰⁵ **DOMINGUEZ Federico**, y otros “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires comentado” Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 1997, p. 302/ y sgtes.

valor probatorio y que, para constituir elemento de prueba idóneo para una condena, deberá respetar el modelo de la contradicción, único que realiza la garantía de la defensa en juicio. Si se permite la incorporación indiscriminada de elementos obtenidos en la investigación, para otra cosa que ***“al solo efecto de verificar sus contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada”***, todo el sistema garantista se derrumba. Está claro que en todos los casos, la incorporación de cualquiera de estas documentales, tiene por único fin optimizar el interrogatorio a las partes para ver su solidez y poder apreciar la credibilidad de sus dichos; pero lo único que puede valorarse es lo expuesto en audiencia oral y en modo alguno lo escrito en actas. El material escrito en la investigación sólo puede guiar el interrogatorio del cual surgirá una versión oral cuya credibilidad de materia de juicio, mas en modo alguno es posible valorar las documentales a cambio de los dichos obtenidos en el contradictorio. La ponderación de los escritos por el sencillo expediente de permitir al órgano de prueba ratificar su contenido distorsiona el debido proceso y vulnera las garantías constitucionales invalidando la sentencia que agravie la defensa¹⁰⁶.

No es legítimo incorporar al juicio elementos de cargo que desde su origen no pudieron ser contradichos en la etapa preliminar, ni podrán serlo en el debate. Esto implica resucitar el sistema inquisitorio y no percibir que, aún si se pretendiera proteger al menor de edad, se incurre en otra situación igualmente negativa al dejar indefenso al imputado a quien se le oponen con carácter de prueba piezas de la etapa de investigación que se produjeron sin su conocimiento ni participación. Un contexto tal afecta la defensa en juicio y del derecho del imputado a interrogar los testigos (conf. Arts. 8.2.f de la C.A.DP y 14.3.e del P.I.D.C.P. ambos incorporados al texto del art. 75 inc. 22 de la Carta Magna nacional). Es indispensable considerar la exigencia de la contradicción como una condición sine qua non de validez del proceso penal constitucional, que resulta vulnerado cuando el imputado no ha podido controlar y discutir la prueba de su imputación.

Al respecto Ares¹⁰⁷ en punto a analizar los distintos supuestos del art. 366 del CPPBA, según ley 14.172¹⁰⁸, dice que el referido artículo comienza diciendo que “Las actuaciones de la

¹⁰⁶ **GRANILLO FERNANDEZ Héctor M. y otro** “Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires” L:L.(2009) 2da. Edición Actualizada y Ampliada Tomo II arts. 266 al 542.

¹⁰⁷ **ARES, José Luis y otros** “El Juicio Correccional y otros procedimientos penales en la Provincia de Buenos Aires” (2013) Abeledo Perrot, p. 440/441.

investigación penal preparatoria no podrán ser utilizadas para fundar la condena del imputado. Luego establece que como excepción se podrán incorporar diversos elementos que menciona. Al final de la norma dicta otra regla fundamental relacionada con el acuerdo de partes, que entendemos podrá ser expreso o tácito. Se trata de la incorporación de cualquier acto o acta del proceso cuando las partes presten conformidad para ello en la audiencia preliminar o durante el debate, debiéndose constar con la aquiescencia del tribunal. Esto último pareciera criticable pues la estrategia acerca del material probatorio a emplear debe estar a cargo de los contenientes y no del órgano jurisdiccional, quien debe permanecer prescindente en el punto, salvo que se quiera decir que debe controlar la legalidad, es decir que lo que se incorpora por lectura sea que ello que se encuentra previsto por la legislación, dada la apuntada taxatividad tendiente a no desnaturalizar el sistema y el debido proceso constitucional.

Las cuestiones aquí planeadas han sido zanjadas por la implementación del juicio por jurados a partir de la ley 14.543 dado que el órgano que efectúa una evaluación sobre la admisión de la prueba es diferente a quien termina juzgado el caso (jurado lego).

8- Desarrollo jurisprudencial en la provincia de Buenos Aires

Sin perjuicio de la claridad del fallo “Benítez” la jurisprudencia no fue uniforme. Así el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires se pronunció en un precedente del 18/11/2008 en términos similares del caso Novoa entendiendo que las normas de los Tratados Internacionales ya citadas no podían tomarse como absolutas, sino sujetas a excepciones reglamentarias que no alteren ni supriman mediante una regulación irrazonable o

¹⁰⁸ En su **redacción actual el art. 366 (texto según ley 14.172)** reza: “**Lectura.** Las actuaciones de la investigación penal preparatoria no podrán ser utilizadas para fundar la condena del imputado. Como excepción se podrán incorporar por su lectura, exhibición o reproducción de audio o audiovisual: La declaración del imputado prestada en la investigación penal preparatoria, conforme las reglas que la tutelan. 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. Las declaraciones de los imputados rebeldes o condenados como partícipes del hecho punible objeto de debate. La denuncia, la prueba documental o de informes, las filmaciones o grabaciones y las actas de inspección, registro domiciliario, requisita personal, secuestro y los reconocimientos a que el testigo aludiere en su declaración durante el debate al sólo efecto de verificar sus contradicciones, incongruencias u omisiones, sin que pueda suplirse la versión oral por la documentada. Las declaraciones o dictámenes producidos por medio de comisión, exhorto o informe, siempre que se hayan respectado las reglas del art. 241 y se estimare innecesaria su reproducción en la audiencia. Las actas de anticipos extraordinarios de prueba, y las declaraciones testimoniales de niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de que las partes o el Tribunal exijan la comparecencia personal del declarante cuando sea posible. Cualquier otro acto o acta del proceso cuando la totalidad de las partes presten conformidad en la audiencia preliminar o lo consientan en la del debate, subordinado a la quiescencia del Juez o Tribunal.-

manifiestamente inequitativa. Dijo que el art. 366 inc. 3 permite la incorporación por lectura al debate de testimonios escritos de la instrucción en supuestos excepcionales en los que la reproducción y control de la prueba resultaba ya imposible.

Los criterios adoptados en los diferentes departamentos judiciales han sido diversos. En el Departamento Judicial Bahía Blanca las posturas respecto de la incorporación por lectura al debate de piezas escritas han tenido diferentes interpretaciones. Algunos han sostenido – postura de la cual no nos podemos apropiar- que la forma de incorporar piezas escritas recolectadas en la instrucción al juicio, es leyendo su contenido, toda vez que ello “hace a la naturaleza de las cosas y no a un diseño cabalístico de hacer deponer a funcionario públicos de reparticiones administrativas en torno a los informes sobre los que da fe su repartición y no ellos”. Se ha aclarado a su vez, que una cosa es la decisión de la incorporación por su lectura al debate, en la que se debe establecer si el supuesto se encuentra previsto en la numeración taxativa del art. 366 y otra distinta es la valoración que se efectúa de la prueba al momento del fallo y en los términos del art. 210 del C.P.P.. En consecuencia, al momento de efectuar la admisión de prueba la evaluación que deberá realizarse es si la ley prevé la incorporación de la pieza de mención, que instrumento prueba documental relevante, secuestros e informes, y si las mismas aparecen avaladas por la norma del art. 366 del C.P.P.

En el mismo sentido se ha incorporado prueba escrita (informes psicológicos y psiquiátricos) con basamento en que la diligencia realizada fue notificada durante la instrucción a la defensa, y ésta nada ha dicho al respecto. Sin perjuicio de fundar la resolución en el fallo “Benítez” de la CSJN del 2006; como así también en *Säidi vs. Francia*¹⁰⁹ del TEDH de septiembre de 1993; *Barberá vs. España*¹¹⁰ de diciembre de 1998 y *Unterperthinger vs. Austria* de noviembre de 1986, y resaltando

¹⁰⁹ **CASO SAÏDI VS. FRANCIA**, Serie A., Nro. 261 –C, sent. Del 20/9/1993. por SANCINETTI, Marcelo ob. cit p. 859 y sgtes. El Tribunal reiterando doctrina anterior dijo que:1-) 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. La corte en el caso reconoció por unanimidad violación a los arts. 6.1 y 6.3 de la Convención. 2-) Destacó que el acusado también podía tener la expectativa de refutar en el juicio a los coacusados, quienes estaban citados para el debate pero quedaron rebeldes . En lo que hace al no reconocimiento por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de la facultad de interrogar a los testigos de cargo podemos mencionar tres precedentes: el Caso *Asch vs. Austria* (1991); el Caso *Isgró c/Italia* (1991), caso *Artnér vs. Austria* (1992).

¹¹⁰ **CASO BARBERÁ, Messegué y Jabardo vs. España, Serie A. nro. 146, sent. Del 6/12/1988**; citado por SANCINETTI, Marcelo ob. cit p. 844 y sgtes. Antecedentes del caso: El hecho origen del proceso consistió en un crimen perpetrado en 1977 en Barcelona del que había resultado muerto el ciudadano José María Bultó Marqués, de 77 años, comerciante, hecho que, aparentemente, había sido cometido por miembros de un grupo nacionalista denominado Ejército del Pueblo Catalán (E.Po.Ca) De la doctrina sentada por el TEDH surge que los imputados se presentaron ante la comisión el 22/6/1983. Se quejaban de no haber tenido un juicio justo ante un tribunal independiente e imparcial, en el sentido del art. 6.1 CEDH (en lo cual se implicaba, entre otros aspectos, la imposibilidad de controlar la prueba de la instrucción). Los reclamantes alegaron en particular haber sido hallados culpables sin ninguna evidencia, a excepción de

el derecho a examen que tiene la defensa durante el juicio se argumentó al respecto, la oportunidad que la defensa tuvo para controlar la prueba. La no realización de hacerlo por parte de la misma es imputable sólo a ella. Eventualmente, ha dicho que los testimonios de quienes efectuaron los informes respectivos –ofrecidos por la fiscalía- dan lugar a que la defensa pueda indagar en el debate sobre las dudas en la amplitud del debate oral. También se ha argumentado que el art. 366 permite la incorporación de la prueba documental y de informes, pues se instrumentan por medio de dichas piezas elementos de indudable valor probatorio.

Con un criterio amplio – del cual discrepamos- también se ha permitido la incorporación por lectura al debate de informes socio ambiental en el entendimiento que los mismos se encuentran dentro de las excepciones que prevé el art. 366 del C.P.P. siguiendo igual criterio respecto de los informes policiales.

Con un desarrollo y enfoque diferente se ha permitido la incorporación por su lectura al debate de pericias psicológicas sosteniéndose que la justificación de fondo de la incorporación oral de la prueba en el juicio radica esencialmente en la naturaleza del elemento probatorio; cuestión que pertenece al universo fáctico. De allí que frente a la oposición de una contraparte para determinar de un modo razonable y justo la incorporación por lectura de un elemento probatorio, el juez debe decidirlo de conformidad a la naturaleza del mismo. Se ha dicho que una pericia es una conclusión de un dictamen científico explicitando el método de realización y las reglas del

sus confesiones traídas por tortura. La comisión entendió –en lo que aquí interesa- configuradas las lesiones al art. 6.1 y 6.2 del Convenio. Durante la audiencia, las partes habían estado de acuerdo en dar por leído el expediente tramitado con anterioridad. El tribunal destacó a este respecto, sin embargo, que la renuncia a un derecho establecido por la Convención en tanto sea permisible, debe ser hecha en forma inequívoca. El aceptar el “dar por reproducida” la prueba no implicaba el privarse de desafiarla en las partes en que se basaba la persecución, en particular, en las declaraciones de ciertos testimonios, tal como la defensa lo había hecho en sus recursos internos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. También entendió el Tribunal que era preciso analizar si el “tener por reproducido” el expediente de instrucción era acorde a la garantía del Juicio justo. A este respecto señaló, que si bien el procedimiento español permitía la intervención de la defensa en la fase de la investigación preliminar (objeter pruebas y decisiones del instructor, etc.), lo cierto era que, en el caso, la investigación había comenzado mucho antes de que los reclamantes hubieran sido detenidos (14/10/1980), por lo que no pudieron controlar la prueba anterior. Los acusados tardaron en tener designado un defensor (Enero y Febrero de 1981) y, de hecho, la escasez de tiempo impedía en la práctica someter a la evidencia a un estudio apropiado antes de estar completada la investigación (en febrero de 1981). Estas y otras circunstancias hicieron que “las deficiencias de la fase de la audiencia no hubieran podido quedar compensadas por resguardos procesales durante la fase de investigación”. La deficiencia principal consistía en que las declaraciones del señor Martínez Vendrell, también condenado como miembro de los mismos grupos armados, no habían podido ser controladas por ninguno de los acusados, ni mucho menos por sus defensores al momento de ser prestadas en la instrucción, y por lo demás, si bien Martínez V. habría podido ser citado a declarar, nunca más pudo ser hallado una vez decretada su captura para el cumplimiento de la nueva condena impuesta contra él por el Tribunal Supremo; también por ello estuvo ausente de la audiencia del 12/1/1982. El TEDH, consideró que había habido una violación al art. 6.1 del Convenio, tomando en cuenta acumulativamente el problema del traslado tardío de los imputados al tribunal de juicio, la integración inesperada del tribunal y la consideración indebida de prueba no producida en el debate. El tribunal por otro lado resolvió que la cuestión aún no estaba expedita para una decisión de esa índole, e invitó a las partes a llegar a un acuerdo amistoso en el lapso de tres meses, sobre la base del reconocimiento de la lesión al art. 6.1 CEDH.

arte en que se funda que fue presentado en forma escrita sólo admite un medio válido para incorporarlo en forma oral, es decir su lectura .

En este punto resalto que -a mi juicio- el artículo 366 resulta claro en cuanto a que permite tal incorporación, en tanto y en cuanto se hiciera alusión de las mismas en las declaraciones testimoniales que se brinden en el debate, no teniendo la misma autonomía suficiente para la incorporación respectiva.

Con un criterio más restrictivo se ha sostenido que el art. 366 del C.P.P. prevé que sólo puede incorporarse por su lectura las declaraciones testimoniales de quien al momento de llevar a cabo la audiencia de debate hubiese fallecido o 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. Ello conforme los principios de publicidad, inmediación oralidad y debida contradicción.

Un criterio amplio se ha adoptado en un voto mayoritario en el Tribunal en lo Criminal nro. 1 de Tres Arroyos. Se ha permitido la incorporación por lectura al debate de actas de procedimiento inicial de constatación argumentando que dicha pieza procesal se corresponde con la denuncia mediante la cual se pone en conocimiento de la autoridad, el hecho ocurrido y posteriormente investigado, previendo el apartado sexto del art. 366 del C.P.P. su incorporación al debate oral, debiendo desestimarse el cuestionamiento de la defensa .

También y siguiendo la misma línea de pensamiento, se ha permitido la incorporación por su lectura al debate, del acta de registro domiciliario, secuestro y rescate, acta de inspección ocular, croquis ilustrativo, acta de aprehensión, acta L.E.F., acta de autopsia, acta de registro domiciliario, argumentando que corresponde su incorporación al debate en virtud de la expresa disposición del art. 366, sexto párrafo, del CPP no haciéndose lugar a los argumentos esgrimidos por la defensa. Con el mismo criterio se ha permitido la incorporación de actas de secuestro utilizando tal argumento y sosteniendo – a mi juicio con un criterio contrario al espíritu de la ley – la facultad de las partes de recrear todos y cada uno de dichos actos en el transcurso del juicio oral.

Tal argumento nos ha parecido contradictorio, porque tal incorporación se contrapone inevitablemente con el principio de oralidad y contradicción y a mi criterio carecería de valor probatorio incorporar piezas escritas y luego verse la parte con la obligación de recrearse la misma en el debate para hacerla valer. Entiendo que el sentido es el contrario. Primero debe recrearse con los dichos de los intervinientes y luego recurrirse a ella a los fines de esclarecer puntos

oscuros, omisiones o contradicciones. Dicha lógica se condice con el posicionamiento que adoptamos. Considero que su incorporación carecería de valor alguno, toda vez que el mismo 366 impide valorar las piezas de la instrucción para la condena del imputado. Ergo, carecería de sentido incorporar un acta sin recreación previa (oralidad y contradicción en el debate) para ser utilizada en el fallo.

En el Departamento Judicial de Necochea se ha permitido la incorporación de la denuncia y actas de procedimiento al sólo efecto de cotejar contradicciones e incongruencias conforme la intención del legislador de acuerdo el art. 366 supuesto cuarto del C.P.P.B.A. En el mismo sentido ha sido el criterio sostenido por el Tribunal en lo Criminal de ese Departamento Judicial. Es decir, incorporar la prueba testimonial y la denuncia al sólo efecto de verificar sus contradicciones e incongruencias u omisiones.

En disidencia con tal postura se ha dicho que –y con una interpretación del fallo Benítez de la CSJN- que lo decisivo no es la legitimidad del procedimiento de incorporación por lectura, el cual bajo ciertas condiciones bien puede resultar admisible, sino lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de la defensa del acusado .

En referencia a informes médicos, pericias médicas, accidente lógica se ha hecho lugar a la incorporación por su lectura sosteniendo que la actual redacción del art. 366 – más precisamente el supuesto cuarto – abre la posibilidad de la incorporación por lectura de la prueba documental – instrumentos públicos incorporados al proceso – al sólo efecto de cotejarse las contradicciones o incongruencias, es decir, que el material escrito en la investigación sólo pueda guiar el interrogatorio de los testigos que lo elaboraron y del cual surgirá una versión oral cuya credibilidad será materia de juicio. Esta es la intención con la cual el legislador ha desarrollado la inserción de ciertos instrumentos probatorios, y la ha propiciado a los efectos de garantizar la confrontación de estas documentales con las testimoniales expuestas en el desarrollo del juicio oral y público y a fin de verificar el relato verbalizado que exponen los agentes de percepción, pues de otro modo, los principios de oralidad y de contradicción se derrumbarían. . En consecuencia en los términos del art. 366 supuesto cuarto último apartado deben ser incorporados por su lectura las piezas mencionadas al sólo efecto del cotejo de contradicciones e incongruencias, quedando a salvo la posibilidad para el Ministerio Público Fiscal de citar como testigos a las personas que realizaron las peritaciones e informes.

También se ha dicho – y en referencia al dictamen pericial- que constituye un claro supuesto en que se comisiona a personal técnico para que en el ámbito de su ciencia ilustre sobre

alguna cuestión en especial (en el caso pericia balística). En consecuencia si las formas para su realización no han vulnerado el derecho de defensa, cuestión no planteada por la defensa, las conclusiones del perito pueden ser incorporadas por su lectura a petición de la parte que la produjo. En un sentido opuesto -criterio que compartimos - se ha dicho que la incorporación por lectura de una pericia balística puede ser suplida con la presencia del perito en el debate que fuera ofrecido como testigo y declare en carácter de tal ofreciendo sus conclusiones del caso

También se ha sostenido amplitud probatoria a introducir al debate placas fotográficas pese la oposición de la defensa quedando a salvo la posibilidad para el Ministerio Público Fiscal de citar como testigos a las personas que realizaron la peritación fotográfica.

A mi juicio la cuestión a resolver, pasa por los efectos que produce la incorporación por lectura de piezas escritas. Y en tal sentido hay que tener en cuenta que el C.P.P.B.A. en el 366 estableció en forma determinante las piezas de la Investigación Penal Preparatoria no son válidas para fundar la condena del imputado.

El criterio seguido por legislador ha sido reglamentario de la Convención Americana de Derechos Humanos que estableció garantías mínimas (derecho a 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) explícitas en la Constitución Nacional.

Dichas garantías resultan compatibles con lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14): que establece el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reflejado la cuestión en tratamiento¹¹¹ aplicando criterios jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹¹¹ CASO “CASTILLO PETRUZZI Y OTROS c/ LA REPUBLICA DE PERU” (1993)._Conforme el caso no le permitieron a la abogada defensora ver las pruebas de cargo, como así tampoco le fue permitido contrainterrogar a los testigos de las declaraciones que figuraban en la instrucción policial. En tal sentido se aplicó jurisprudencia de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Antecedentes del caso Castillo Petruzzi: En los antecedentes del caso se puede mencionar que las personas fueron detenidas entre el 14 y 15 de octubre de 1993 por DINCOTE fueron juzgados por un procedimiento especial, dado en el marco de un estado de emergencia y supresión de las garantías constitucionales. Durante la investigación el inculpado detenido no tenía derecho a contar con defensa legal, sino hasta que rindiere declaración sobre los hechos, oportunidad en que se les nombraba a los imputados un defensor. La calificación atribuida de los hechos habilitó la jurisdicción militar para el juzgamiento de los detenidos. Sin embargo, durante la declaración del imputado no les fueron mostradas al inculpado ni a su defensora las pruebas de cargo, y ni entonces ni con posterioridad le fue permitido a la defensora contra interrogar a los testigos de las declaraciones que figuraban en el atestado policial. Publicado en **SANCINETTI, MARCELO** *Análisis crítico del caso “Cabezas tomo II. El Juicio”* (2002) Ad. Hoc, SRL Buenos Aires. “El derecho a la examinación de las declaraciones base de la imputación (testigos de cargo)” p. 872.

Una forma particular de la violación de este derecho se da, en efecto, cuando la acusación o la sentencia se fundan en declaraciones prestadas durante la instrucción, que luego son incorporadas al debate “por lectura”, pero que nunca dieron lugar a la posibilidad de contralor por parte del acusado o su defensor. El derecho en cuestión se halla regulado en el art. 14, 3 e del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el art. 8, 2, f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La jurisprudencia norteamericana ha sido tan cuidadosa en preservar la llamada cláusula de confrontación de la sexta enmienda, que ha llegado al punto de excluir del caso la imputación de un coprocesado, por la circunstancia de que por respeto a la cláusula que instituye el privilegio de no verse obligado a autoincriminarse, se impide en estos casos el “cross examination” .

En consecuencia cabe preguntarnos en qué momento debe realizarse la incorporación de piezas escritas al debate, toda vez que carece de sentido incorporarlas cuando la declaración que se plasma se reproducirá en el debate en forma oral. Considero que el sentido de la incorporación debe producirse una vez que el testigo declare en el debate y en razón de sus dichos evaluar si existen contradicciones con la declaración prestada durante la instrucción. Carece de sentido -a mi juicio- otro tipo de incorporación anticipada, ya que no puede ser valorado en el momento del fallo y forma convicción anticipada en el juzgador con anterioridad a lo que diga en el juicio generando un prejujuicio en el mismo que afecta inevitablemente la imparcialidad que debe mantenerse hasta el momento de la decisión final.

No tiene mayor sentido una incorporación por su lectura al debate de cierta prueba que puede ser reproducida en el juicio cuando la introducción que se haga de la forma escrita no puede ser valorada en la sentencia. Es decir hacer una doble valoración, (por un lado al momento de la admisibilidad y otra al momento del fallo) carece de un sentido lógico. Entiendo que no existe motivo alguno que lleve a las partes incorporar piezas escritas al juicio cuando las mismas no puedan ser valoradas para resolver el caso.

En este punto entiendo que la diferencia lo ha establecido la implementación de la ley (14.543) de juicio por jurados en la provincia de Buenos Aires. Y destaco intuitivamente que la cuestión ha pasado por separar quien debe resolver la admisibilidad de las pruebas que se utilizarán en el juicio para resolver sobre el fondo del caso y quien debe resolver el caso en sí mismo (es decir el jurado popular).

La primera decisión (es decir, respecto de la prueba que se utilizará en la audiencia de debate, se plantea y resuelve en la audiencia preliminar) habiéndose calificado como “instancia crucial del proceso”. Ya que se decide con qué pruebas las partes contarán en el juicio y con cuáles no se admitirán para el caso.

También se determinarán las estipulaciones probatorias. Es decir, los acuerdos de prueba entre el acusador y la defensa sobre hechos que se van a dar por probados y no serán controvertidos. Tales acuerdos pueden ser realizados en esta audiencia como así también en el juicio; no afectando tal decisión al jurado ya que no será el juez técnico quien resolverá la cuestión de fondo en el caso, sino que lo hará el jurado.

Ahora bien, sentado ello será la prueba válida, la que sea tamizada por el contradictorio la que el jurado tenga a mano para dar su veredicto. Es decir, todas las declaraciones de testigos, peritos, del acusado, documentos y objetos que han pasado por el juicio, los anticipos extraordinarios de prueba, y las estipulaciones probatorias de la partes; las que servirán –estas últimas- para ahorrar tiempo (recursos humanos y materiales) y permitirá que sólo se efectúen declaraciones centrales en el juicio.

En esencial que el juez que resolverá sobre la prueba que no tendrá ningún compromiso con el veredicto de culpabilidad o inocencia. Esto trae un impacto muy positivo sobre la imparcialidad y el aseguramiento de un juicio justo e imparcial (fair trial) y así se han pronunciado algunos tribunales superiores provinciales preservando al juez del juicio en lo que hace a su imparcialidad¹¹².

9- Momento de la valoración de la prueba e imparcialidad

El tema de la prueba en el juicio, las normas en juego, plantea el tema de la valoración y ya hemos adelantado que tanto en la instrucción como en la etapa de juicio el tribunal hace valoraciones anticipadas de la prueba antes de dictar el fallo.

Lo concreto es que, recibida y producida la prueba ante el tribunal, corresponde al organismo jurisdiccional la valoración de sus resultados para fundamentar el fallo. Ya hemos dicho

¹¹² Superior Tribunal de Entre Ríos de fecha 26 de Abril de 2010, cuestión de competencia entre Juez de Garantías de Concordia y la Cámara de Apelaciones de la misma jurisdicción en autos seguidos por uso de documento falso se ha dicho que “se intenta imponer una forma de persecución penal alejada de todo lastre inquisitivo, consagrando una fórmula en la cual el Tribunal de juicio, decida el tema propuesto con apoyatura de la prueba ofrecida por las partes y admitida en una instancia –intermedia- anterior. Y esta conclusión no admite medias tintas: o despojamos al tribunal de este tipo de facultades o las avalamos, colocando de esta forma la piedra angular de un nuevo sistema inquisitivo, al abrigo de un código supuestamente acusatorio”.-

que la apreciación de la prueba consiste en el examen crítico realizado por el órgano que decide el conflicto penal, de los elementos válidamente introducidos en el proceso y discutidos por las partes, a efectos de servir de base del pronunciamiento a dictar. Ello supone dos personas que intervengan ante otro que los modera, presupone luchadores equivalentes y el triunfo del mejor. Pero además como la estructura acusatoria excluye el diálogo entre fiscal y defensor en la etapa investigativa, se exige para un debate contradictorio efectivo que la misma instrucción sea absorbida por éste y que los poderes correspondientes para que ello ocurra pasen a las partes.

Pero aún los códigos y proyectos más modernos fracasan en el intento, pues encomiendan la preparación del debate – y, con ella, decisiones de importancia que implican conocimiento de la causa (admisibilidad de la prueba ofrecida, instrucción suplementaria, y cuestiones previas) – al mismo cuerpo de decisión, unipersonal o colegiado, que escuchará el debate y dictará la sentencia final. Por primera vez en nuestro país el CPP de Chubut y el Proyecto para Neuquén colocan los actos preparatorios del debate fuera del juicio público y, con ello, a los jueces que integran el tribunal del debate en la mejor posición de imparcialidad respecto del conocimiento previo de la causa.-

También los códigos procesales penales de Entre Ríos y Santa Fe hacen lo propio, poniendo en cabeza del juez de control la admisión de la prueba para el juicio¹¹³. Al punto tal, no

¹¹³ **Código Procesal Penal de Entre Ríos (Artículo 243) - Ofrecimiento de Prueba.** En el mismo acto, el Querellante, y posteriormente la Defensa ofrecerán las pruebas para el debate. El juez decidirá, previo escuchar a las partes, sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, y rechazará la prueba cuando fuere inadmisibles, inconducente, impertinente o superabundante. En caso de advertir defectos en la acusación, los designará detalladamente y ordenará al acusador su corrección con fijación del plazo razonable para ello.

Artículo 405 - Audiencia. Resolución sobre la prueba. Apertura o rechazo del juicio. Vencido el plazo, la Oficina de Gestión de Audiencias convocará a las partes a una audiencia oral y pública, dentro de los cinco (5) días siguientes, en cuyo ámbito el Juez de Garantías tratará las cuestiones planteadas. La audiencia se llevará a cabo con la presencia ininterrumpida del Juez y las partes que concurran. Se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos. La falta de comparecencia del querellante, debidamente notificado, implica abandono de la persecución penal; el procedimiento seguirá su curso sin su intervención posterior. Si se hubiere solicitado, el Juez resolverá sobre la procedencia de la suspensión del proceso a prueba o del procedimiento abreviado. El Juez decidirá, previo escuchar a las partes, sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, instará a aquéllas a arribar acuerdos probatorios y rechazará la prueba cuando fuere inadmisibles, inconducente, impertinente o superabundante. En caso de advertir defectos en la acusación, los designará detalladamente y ordenará al acusador su corrección con fijación del plazo razonable para ello. El Juez evitará que en la audiencia se discutan cuestiones que son propias del juicio oral y resolverá exclusivamente con la prueba que presenten las partes. Al término de la audiencia, el Juez dictará el auto de apertura del juicio oral. Su resolución contendrá: 1. la descripción de los hechos de la acusación por los cuales se autorizó la apertura del juicio, su calificación jurídica y la pena que estimativamente se pedirá; 2. la decisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ofrecida para el debate, consignando el fundamento, y, en su caso, las convenciones probatorias a las que se arribare; 3. la individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral; 4. la subsistencia de la medida o su sustitución, cuando el acusado soporte una medida de coerción; 5. los fundamentos por los cuales se rechazó, total o parcialmente, la pretensión en el caso de que el acusado o su defensor se hayan opuesto a la apertura del debate; 6. en su caso, la indicación de cómo ha quedado trabada la litis en la demanda civil y su contestación. Dicho auto se notificará a los intervinientes en la audiencia. El auto de apertura a juicio es irrecurrible, sin perjuicio, en su caso, de la impugnación de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral. Sólo se remitirá al Tribunal o Juez de juicio el acta donde conste el auto de apertura a juicio oral, que deberá contener únicamente los requisitos enumerados en

sólo ha sido cuidadosa la legislación santafesina sino que la misma ha sido reproducida en diferentes fallos¹¹⁴

En España, la Ley Orgánica del Tribunal de Jurado (LOTJ), contempla dos momentos de valoración de prueba y dos órganos distintos para la apreciación. En primer lugar, el magistrado-presidente de oficio o ante solicitud de la defensa decide la existencia o inexistencia de prueba de cargo acerca de los hechos que se imputan y sobre su suficiencia para fundar una condena respecto de los procesados, de modo que en caso de valorar la inexistencia de un hecho o de la participación de un acusado, resolverá que no corresponde emitir veredicto, disolviendo el jurado y dictando sentencia absolutoria motivada (art. 49 LOTJ). En caso de habilitarse el veredicto, el jurado delibera sin el magistrado, pero prescindiendo del viejo sistema francés de la íntima convicción por el razonada libertad valorativa, por cuanto el jurado deberá motivar “sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados” (art. 61.1.d, LOTJ)

Con estos problemas nos encontramos en la provincia de Buenos Aires con el sistema que ha instaurado la ley 11.922 y sus modificaciones ya que el mismo tribunal que analiza la prueba al momento de su admisión es el que la valora luego al momento del dictar el fallo. Es decir, la parte propone la prueba que pretende utilizar en el juicio; el tribunal valora su admisibilidad, la forma de producirla y luego también lo hace al momento de retirarse a deliberar previo dictar el fallo.

La tendencia en favor de la incorporación por lectura al debate de ciertas pruebas ha determinado una inclinación en favor de una de las partes (la Acusadora) provocando cierto grado de indefensión de la otra (en el caso de la defensa), quien se ha quedado sin posibilidad de rebatir

los ptos. 1), 3), 4) y 6) de este artículo; con la salvedad, respecto del pto. 2), que se deberá enumerar la prueba que fuera admitida. Se labrará un acta aparte donde constará la prueba que no fue admitida a juicio, la que no será remitida al Tribunal de Juicio. La pena estimada fijará la competencia del juez o tribunal. No podrá remitirse el legajo de investigación salvo que tenga por objeto, fundar la sentencia del juicio abreviado convenido entre las partes. **Código Procesal Penal de Santa Fe Artículo 305°.- Efectos.-** El auto de apertura a juicio es irrecurrible, sin perjuicio, en su caso, de la impugnación de la sentencia definitiva, que se dictare en el juicio. No obstante la defensa en esta oportunidad podrá hacer uso de las facultades previstas en el artículo 143. La decisión del Juez que admite o rechaza un medio de prueba no vincula al tribunal de debate.

¹¹⁴ **MARIAUX, MATIAS EXEQUIEL- RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN AUTOS: “MARIAUX, MATIAS EXEQUIEL Y OTRO S/HOMICIDIO” –(EXPTE 21-06036583-8) s/QUEJA POR DENEGACION DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD** de 7 de Marzo de 2017, donde la Corte Suprema de Justicia de esa provincia dijo que “...la decisión acerca de la admisibilidad de una prueba sella la discusión sobre la posibilidad de su producción, más allá de que lo resuelto no vincule al tribunal de juicio en relación a su validez y entidad convictiva; y, por la otra, que en el supuesto de rechazo de una prueba ofrecida por una de las partes, corresponde agotar la vía recursiva... en tanto la pretensión de reeditar la discusión sobre su eventual admisión en el juicio, desnaturalizaría el sentido de la audiencia preliminar e incluso del debate y comprometería la imparcialidad del tribunal de juicio...”.

la prueba en el juicio. Por ello es como bien lo sostiene el profesor Perez Galimberti que la diferencia se encuentra bien plasmada en el marco del juicio por jurados donde denominamos evidencia a todo aquello que el fiscal recolecta en la investigación, la que se convierte en prueba, en tanto y en cuanto dicha evidencia pasa por el marco de la contradicción (explicación dada en ocasión de presentar el Informe del Observatorio de Juicio por Jurados en la Provincia de Buenos Aires¹¹⁵) 15 de Julio de 2016 en Bahía Blanca.

Sin duda alguna que a nuestro criterio nos parece acertada la postura que ha tenido el legislador bonaerense en afirmar enfáticamente en el art. 366 del CPPBA, que la prueba de la instrucción no alcanza para lograr la condena del imputado. Y por otro lado que la prueba escrita sea traída al juicio al sólo efecto de cotejar lo realizado, manteniendo como base central la oralidad del juicio.

No parece un tema menor éste, toda vez que la decisión de incorporar o no por lectura las piezas escritas implica valoración, y ello trae aparejado el tomar conocimiento sobre constancias probatorias que vienen de la instrucción y que van conformando una idea respecto de las cuestiones atinentes a discutir en el debate, formando convicción anticipada sobre el hecho, la autoría y la responsabilidad penal del enjuiciado.

El legislador bonaerense antes de la última reforma no establecía con la contundencia que lo hizo luego, que las piezas de la instrucción no podían dar base a la condena del imputado. Ello permitía efectuar una interpretación laxa de las disposiciones que regulaban la valoración de las piezas escritas permitiendo que los jueces formaran su convicción aún antes del debate, ingresando piezas escritas al mismo (aún con oposición de parte) afectando notablemente su imparcialidad. Luego de la reforma se interpretó que tal afirmación – “que las piezas de la instrucción no pueden dar base a la condena”- era una regla que los jueces debían valorar al momento del dictado del fallo, no al tiempo de evaluar sobre la incorporación de piezas escritas o no al debate, permitiendo de tal forma una interpretación amplia que filtraba el ingreso de varias piezas escritas.

Sin embargo quienes sostenemos que tal norma debe ser tenida en cuenta al momento de la admisión de prueba lo hacemos con la idea que el apego a la ley hace que la convicción se forme

¹¹⁵ **JUICIO POR JURADOS. Informe. Departamento Judicial Bahía Blanca. Graciela Cortazar Directora.** EdiUns. Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Serie docencia. Colección Derecho. Bahía Blanca, mayo 2016.

en el seno del debate, y no antes, respetándose de tal manera los principios rectores del juicio oral efectuando una valoración de las piezas sólo al momento del fallo y no antes.

Sin duda alguna esto tiene que ver con la afectación de la imparcialidad del juez al momento de la adquisición (etapa de instrucción) producción (debate) y valoración de la prueba (fallo); pero siempre dejando la posibilidad que las partes no sólo traigan las pruebas del caso al juicio sino que la valoren previo al fallo del tribunal.

Es una deuda del legislador bonaerense preveer un sistema donde el juez del juicio no intervenga en el proceso hasta el día que se desarrolle el debate, manteniendo de tal forma la imparcialidad que también implica el no tener contacto en forma anticipada al juicio con prueba que forme convicción previo a la audiencia oral.

Es por ello que entendemos que debe existir una equiparación mayor aún al juicio por jurados donde el tribunal de éste no toma contacto en forma anticipada al debate con ninguna de las pruebas y las partes; y pensamos que el sistema que se adecua mejor o asimila al mismo es el sistema de pool de jueces o colegio de jueces incorporados por algunos de los códigos procesales penales modernos últimamente reformados. Ello da cuenta de una organización judicial más horizontal en la cual se prevea que cualquiera de los jueces seleccionados intervenga en la resolución del caso que le toque, ya sea en la etapa de instrucción o de juicio. Este sistema permitirá el pleno resguardo de la imparcialidad del juez como garantía básica del proceso penal donde a través de la intervención –conforme designación azarosa o sorteo previo- le impedirá a quien juzgue tener un contacto previo y formar preconcepto con el caso a resolver.- Esa es la lógica de resolución que se ha tomado el Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén donde se ha prefijado la etapa intermedia como lugar de ofrecimiento de prueba de las partes y la designación de un juez del colegio de Jueces para que resuelva al respecto dejando al juez del juicio para la realización del mismo y resolver específicamente las cuestiones propias de éste ya con las cuestiones probatorias determinadas¹¹⁶. También, y si bien es cierto que lo ha realizado

¹¹⁶ **Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén Ley 2784. Art. 164 “Requerimiento de apertura a juicio.** Si el fiscal estima que la investigación proporciona fundamento para someter a juicio al imputado, presentará la acusación que deberá contener: 1-) Los datos que sirvan para identificar al imputado. 2-) La relación precisa y circunstanciada del hecho que se le atribuye. 3-) La calificación legal. 4-) La pretensión punitiva provisoria cuando ella sea necesaria para finar la competencia. 5-) La petición de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado si lo estima conveniente. **Al ofrecerse la prueba se presentará por separado la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre, ocupación y domicilio. También deberá ofrecerse la documental, acompañando copia o indicando dónde se encuentra para su compulsión”.**

Art. 165 Comunicación a la víctima y la querrela. “el fiscal deberá poner el requerimiento de apertura a juicio en conocimiento de la víctima y del querellante. En el plazo de cinco días (5) éste podrá: 1-) Adherir a la acusación fiscal o; 2-) Presentar un requerimiento de apertura a juicio, en cuyo caso deberá cumplir con los requisitos previstos para la

con una tónica diferente es el camino que ha seguido el Código Procesal Penal de la provincia de la Pampa¹¹⁷.

En consecuencia entiendo que será la directriz que debiera seguirse en la provincia de Buenos Aires; y un tema que no podría pasar por alto en la Comisión de Reforma que desde hace tiempo se encuentra trabajando en diversos temas que atañen al funcionamiento diario del sistema penal de la Provincia de Buenos Aires. Ello sin perjuicio de las diferentes aristas tocantes a la resolución que se pueda llegar a dar.

Una cuestión similar sucede con aquellas pruebas que las partes entendieran como **nuevas y manifiestamente útiles o bien se hicieran indispensables otras ya conocidos** y pretendieran ser reproducidas en el debate en los términos del art. 363 Del CPPBA. Entendemos que la imparcialidad se hallaría afectada cuando el juez del juicio deba determinar si la prueba nueva fuera manifiestamente útil o bien si resultare indispensable una ya conocida. En tal sentido inevitablemente debe inmiscuirse en cuestiones atinentes al hecho en sí, pudiendo verse involucrado en forma anticipada a expedirse sobre cuestiones que tendrá que resolver en el fallo. Por tal motivo es que proponemos que en esta instancia sólo pueda ser producida prueba que las partes consideren nuevas y manifiestamente útiles, cuestión que será determinada por la parte en su conexión con el hecho; dejando a salvo con ello la consideración del juez en la determinación de la manifestación de utilidad. Ello por cuanto la utilidad o no de una prueba determinada por el juez del juicio llevará a una valoración anticipada que implicará la consideración previa al fallo.

En consecuencia la utilidad o no de la prueba tendrá que ver con la pertinencia o no de la misma para poder acreditar la hipótesis que se sostenga. Mientras que la consideración de lo

acusación fiscal. **Recibida la presentación de éste transcurrido el plazo fijado, el fiscal remitirá a la Oficina Judicial la acusación, con el ofrecimiento de pruebas”.**

Art. 166 Comunicación a al defensa. “La Oficina Judicial comunicará a la defensa las acusaciones presentada. En el plazo de cinco (5) días **la defensa deberá poner a disposición del fiscal y del querellante la lista de las pruebas que ofrece para la instancia de juicio oral y público, en las mismas condiciones requeridas para los acusadores.**

Art. 171 Admisibilidad y convenciones probatorias. “... Las partes también podrán solicitar al Juez que tenga por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio”.

Art. 172. “Decisión. Oídas las exposiciones de las partes, el juez decidirá todas las cuestiones planteadas... el juez también examinará los ofrecimientos probatorios y planteos que con ellos se vinculen, ordenando la admisión o rechazo de las pruebas y de las convenciones probatorias... Lo resuelto será irrecurrible, sin perjuicio de hacer reserva de impugnación de la sentencia”

¹¹⁷ El Código Procesal penal de la Provincia de La Pampa siguió con la misma lógica regulando el tema en la etapa intermedia. Así lo reguló en el **art. 308** del ritual estableciendo que ante la presencia ante del presidente de la Audiencia se realizará la audiencia donde se tratará lo referido a: 1-) el ofrecimiento de las pruebas que las partes utilizarán en el debate... el presidente de la Audiencia resolverá sobre las cuestiones planteadas dentro del término de (5) cinco días..”

Art. 311 “Designación de audiencia. Resuelta las cuestiones previstas en el art. 308... el presidente de la audiencia solicitará a la oficina judicial la fijación de día y hora del debate... además solicitará la citación de las partes, de los testigos, peritos e interpretes que deban intervenir; luego de ello remitirá las actuaciones al Tribunal que intervendrá...”

indispensable o no de la “prueba ya conocida” deberá ser evaluada en un marco en el que se pruebe el motivo extraordinario por el cual no pudo ser traída al juicio con anterioridad.

Por fuera de estas cuestiones entendemos que no existen motivos que pudieran dar lugar a nuevas pruebas o bien indispensables ya conocidas, con lo cual sin el parámetro de estas consideraciones el artículo no debiera tener cabida dentro del Código.-

10- CONCLUSION:

1- La imparcialidad funciona como garantía constitucional que debe primar durante todas las etapas del proceso y debe materializarse también con la falta de apego del juez a las constancias probatorias recolectadas durante la investigación sin control de la defensa, de modo tal que no forme convicción sobre la imputación penal efectuada en forma previa al juicio en franca violación al debido proceso penal.

Es por ello que la adquisición y producción de prueba debe quedar en manos en forma exclusiva de las partes.

2- El sistema previsto por el CPPBA y las facultades otorgadas por el mismo al órgano jurisdiccional para ejercer el control sobre el la investigación del fiscal (juez de garantías) le impide mantener la imparcialidad al momento de evaluar el Requerimiento de Elevación a Juicio, ya que previamente a ello, el juez toma decisiones evaluando esas mismas constancias que luego merituará en la etapa intermedia.

3- En el sistema penal de la provincia de Buenos Aires, los órganos de juicio evalúan prueba al resolver su admisibilidad para el debate. Ello afecta la imparcialidad de dichos tribunales, la que debe mantenerse incólume hasta el momento de dictarse el fallo. Esto sucede por cuanto toman contacto con la prueba de la instrucción, previo al debate, formando una convicción anticipada sobre el caso a juzgar.

4- Asimismo las disposiciones de dicho código dan lugar a que los jueces admitan y evalúen prueba de la instrucción sin que sea efectivamente sea reproducida en el debate afectando ello la imparciliadad del juez al momento de fallar como así también la defensa en juicio (art. 18 CN).

5-Se propone al respecto, una reforma legislativa que prevea un sistema donde los jueces profesionales no tomen contacto con las constancias probatorias de la

instrucción¹¹⁸. Para ello por un lado los fiscales deben presentar sólo sus Requerimientos en los tribunales sin acompañar sus pruebas hasta el debate; y quienes admitan las pruebas deberán ser jueces diferentes a los que realicen el juicio oral (sistema de pool o colegio de jueces). Tal circunstancia en la provincia de Buenos Aires, ha quedado con la aplicación de la ley 14.543 en los casos que corresponda aplicar.

6- También se vería viable la solución adoptada por los códigos procesales penales de la Provincia de Neuquén, La Pampa o Entre Ríos donde es el juez de Control quien debe resolver la admisión de prueba para el juicio previo ser presentadas ante éste.

7- La norma que se propone para reformar el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires quedaría redactada de la siguiente manera: **Art. 337: Resolución. El Juez de Garantías resolverá la oposición en el término de cinco días. Si no le hiciera lugar, dispondrá por auto la elevación de la causa a juicio. El auto deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 157. De igual modo procederá si aceptase el cambio de calificación propuesto por la defensa.**

Cuando hubiere varios imputados, la decisión deberá dictarse con respecto a todos, aunque el derecho que acuerda el artículo 336 haya sido ejercido sólo por el defensor de uno. El auto de elevación a juicio será apelable por el defensor que dedujo la oposición.

Cuando no se hubiese deducido oposición “Los requerimientos de elevación a juicio una vez admitidos por el Juez de Garantías, deberán ser remitidos a los tribunales de juicio (correccional o criminal). Sus integrantes no podrán tomar contacto con las

¹¹⁸ Tal postura ya había sido adelantada en el año 1999 cuando en el congreso XX Nacional de Derecho procesal realizado en el mes de Octubre de 1999 en la ciudad de San Martín de Los Andes provincia de Neuquén la **Dra. María Graciela Cortazar** anticipó a través de su ponencia presentada que “*en punto a la dificultad que presenta la posibilidad de elevar a juicio “la causa”, bien puede el Juez de Garantías en un acabado cumplimiento de su función hasta el fin de la IPP, desglosar aquello que constituirá la verdadera “causa o motivo del juicio” y elevarlo al Tribunal, solamente la requisitoria y, devolviendo al Fiscal la IPP para que en oportunidad de ser citado a juicio, seleccione las pruebas que ofrecerá para su producción en el debate y su análisis previo en la oportunidad del art. 338. Una mayor profundización del puro sistema acusatorio con una real búsqueda de la imparcialidad y que evite toda ingerencia en la prueba por parte del Tribunal, apunta a una reforma del Código que elimine la posibilidad de instrucción suplementaria y que excluya al Tribunal de juicio de la etapa de preparación del debate, poniendo en cabeza de otro órgano jurisdiccional tal función que elimine conocimientos previos del tercero imparcial que debe ser el Juez Tribunal y que garantiza la Constitución Nacional al hablar del debido proceso”.- **Publicación del “XX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL. 5 al 9 de Octubre de 1999. PONENCIAS. San Martín de los Andes. Provincia de Neuquén. República Argentina”** pág. 442/450.-*

constancias probatorias escritas de la Investigación Penal Preparatoria. Sólo lo harán con las que hayan sido admitidas –por un juez de juicio distinto al director del debate– para su incorporación por lectura a éste, y una vez que se acompañen al mismo”.

Artículo 363: “Si en el curso del debate se tuviere conocimiento de nuevos medios de prueba o una ya conocida, el tribunal deberá admitirla siempre y cuando haya acuerdo de partes.

De no darse el supuesto precedente y sea ofrecida por la defensa, deberá ser admitida siempre que sea una prueba nueva pertinente o bien una anterior ya conocida. Tal supuesto deberá ser resuelto por el juez del juicio.

En el caso que sea ofrecida por las partes acusadoras deberá resolverse su admisibilidad por el juez del juicio basada en el criterio precedente.”.