

DR. AGUSTÍN BASTARD

El Fallo “Gallo López” de la CSJN, y una interpretación que no modifica la doctrina expuesta en “Benítez”.

1.- Planteo de la cuestión:

“...tratándose de delitos contra la honestidad que comúnmente son realizados en un ambiente cerrado, en forma clandestina (delitos en la sombra), no puede dejar de considerarse esa característica al interpretar las exigencias de la ley procesal respecto de los elementos de convicción destinados a acreditar el cuerpo del delito y que, siendo casos de difícil resolución, habida cuenta de los desarreglos psicológicos que los hechos padecidos provocan en sus víctimas e igualmente por las circunstancias que habitualmente con ellos enlazan, todo ello obliga, en la labor investigativa y en la reconstrucción de los hechos -que es lo verdaderamente decisivo- a ser estricto en el análisis de los elementos de conocimiento y a no fragmentar la prueba...¹”.

No resulta novedoso afirmar que la investigación de hechos delictuales que afectan la integridad sexual de las personas, siempre ha sido un tema de extrema complejidad, que ha generado inagotables debates.

Ello en virtud de la gran dificultad que presenta la recolección de pruebas que puedan dar luz respecto de lo acontecido en este tipo de casos, no sólo en relación a la existencia o no de los hechos investigados, sino también en referencia a las características de los abusos sexuales denunciados, e incluso, suele ser muy confuso poder precisar la cantidad de hechos ocurridos.

Tal complejidad se da a partir de que los hechos por lo general se cometen en la esfera íntima de las personas, sin testigos presenciales, que la noticia crimines llega tardíamente a la agencia judicial, y que las secuelas que ocasiona el hecho en la parte damnificada puede dificultar la colaboración de la víctima en el proceso penal.

¹ CAPGARSM, II, c.9303, Bucci.R.O. rta. 17/10/2006- J.P.B.A.- T° 136, pag.185/6-F.366.-

Ahora bien, la situación recién descrita es aún mucho más compleja, en el caso en que las víctimas de los abusos sean niños y niñas, ya que ellos presentan una dificultad mucho mayor para poder expresar lo sucedido, porque estos hechos en su enorme mayoría son cometidos por personas con las que conviven o son educadas –inclusive por sus propios progenitores-, y fundamentalmente, por las secuelas postraumáticas que le generan a las víctimas.

Tomando en cuenta estas circunstancias que estamos apuntando, y la necesidad de evitar generar una revictimización, es que el legislador establece que los damnificados de delitos sexuales que al momento de prestar declaración no hayan cumplido la edad de 16 años, sean entrevistados por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes, en lo que comúnmente se conoce como la entrevista en “Cámara Gesell”.

Éste medio de prueba, el cual usualmente se lleva a cabo en la etapa de instrucción, presenta la característica que no es controlado en forma directa por la defensa.

A su vez, se da el caso de que los especialistas que examinan a la víctima, manifiestan que resulta dañino para la parte damnificada, prestar declaración en una audiencia oral, y ser interrogada en forma directa por las partes aún cuando ya cumplieron los 16 años.

Este contexto que se viene describiendo, ha llevado a que se discuta acerca de la validez de una condena cuando no se pudo contar en la audiencia de debate con el testimonio de la persona damnificada, en virtud de las recomendaciones que justamente hicieron los especialistas, dándose a su vez en muchos de estos casos, que la sentencia se fundamenta en la entrevista de Cámara Gesell.

Al respecto, se suele realizar una ponderación entre el derecho de la persona damnificada a no sufrir una revictimización y el derecho del imputado a controlar la prueba; y entre éste derecho de la víctima y el interés del estado en la averiguación de la verdad.

Nos proponemos analizar estas cuestiones en relación a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Gallo López”², en función de los principios del proceso acusatorio.

² C.S.J.N., Gallo López, Javier, causa n° 2222, G.1359, L.XLIII, 7/06/2011.

Para ello, es menester hacer hincapié en lo resuelto en el fallo “Benítez”³, y verificar si se ha modificado o no la doctrina allí establecida.

A su vez, no se puede lograr el objetivo propuesto, sin realizar un especial enfoque en la incorporación de la prueba por lectura que prevé el art. 391 del código de rito nacional.

Cabe dejar en claro, que no se analizarán en el presente trabajo, las cuestiones relativas a la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Gallo López.

2.- Síntesis del fallo:

El Tribunal Oral en lo Criminal n° 12, de esta ciudad, resolvió condenar a Javier Gallo López a la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor del delito de abuso sexual con acceso carnal agravado por haber sido cometido por un ascendiente -al menos en dos oportunidades-, en concurso ideal con el delito de corrupción de una menor de dieciocho años de edad, agravado por la misma circunstancia.

Se lo condenó por haber abusado de su hija, con quien convivía desde el año 2000, fecha en que la niña contaba con 12 años de edad.

La defensa interpuso un recurso de casación argumentando la imposibilidad que había tenido la parte de controvertir los dichos de la menor y de su tía, denunciante en la causa. Respecto de la damnificada, ello fue como consecuencia de que las expertas desaconsejaron su comparecencia en el juicio a la luz de un posible intento de suicidio y de los episodios psicóticos padecidos por la menor, y respecto de la tía, por la imposibilidad de dar con el paradero de la denunciante.

La Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal anuló la sentencia condenatoria y reenvió las actuaciones a un nuevo tribunal, para que se ocupara de que la víctima fuera preparada psicológicamente para prestar declaración en el debate y de la búsqueda intensiva de la denunciante, a fin de que se realizara un nuevo juicio.

Al llegar el caso a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se resolvió por un total de 5 votos contra uno -el Ministro Enrique Santiago Petracchi votó en disidencia manifestando que el recurso era inadmisibile-, hacer

³ C.S.J.N., Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves
Causa N° 1524, 329:5556

lugar al recurso planteado por el Ministerio Público Fiscal, y dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido, ordenando que se dicte una nueva resolución de acuerdo con los considerandos del fallo.

Manifestó el voto mayoritario que la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal prescindió de todo un cúmulo probatorio independiente.

“A ello, sumó contradicciones manifiestas al evidenciar su opinión respecto de la salud mental de la joven pues no obstante considerarla comprometida, sostuvo que la declaración de aquélla debía llevarse a cabo de todos modos, si no se viera por ello afectada, “aún más” (fs. 19 vta.) o “sin alto riesgo” (fs. 15/16), entendiendo por este último algo más que el riesgo de vida oportunamente denunciado por las peritos profesionales de la salud intervinientes...el a quo debió también atender, tales como los mecanismos especiales de protección de los derechos de quienes ya se encuentran en situación de vulnerabilidad, el agravio relativo a la prueba independiente, importa referir que el tribunal de juicio fundamentó las declaraciones de culpabilidad de Gallo López en otras pruebas. A tal fin resultaron determinantes para la construcción de la sentencia condenatoria, a) el examen ginecológico de fs. 73/75, por el que se constató que la menor presentaba a nivel genital desgarros himeneales de características antiguas —que habían completado su período de cicatrización de alrededor de 7 a 10 días—, cuyo mecanismo determinante fue la penetración de un objeto romo, duro o semiduro; b) las conclusiones del peritaje efectuado sobre el colchón de la víctima —en el que se habrían producido las vejaciones— toda vez que “...se comprobó la presencia de sangre y semen humano” compatible “...con la información genética obtenida de la muestra de sangre perteneciente al encausado, con una probabilidad del 99,999999990385%” (cfr. fs. 444 vta.), c) la declaración en el debate de la licenciada Norma Griselda Miotto, psicóloga del Cuerpo Médico Forense, quien señaló que la menor de edad —durante las entrevistas que realizó— siempre se mantuvo en su discurso sobre los abusos de los que había sido objeto por parte de su padre, que no existían dudas de las consecuencias traumáticas de lo que había sufrido y, por último, que la damnificada se encontraba en un estado de extrema vulnerabilidad por las vivencias de intensa agresión padecidas, siendo factible que pudiera intentar suicidarse, lo que sumado al resultado de los peritajes médicos de fs. 125/127 y 428/429 permitirían corroborar la veracidad de la imputación” (Considerando 6to). .. Que, en tales condiciones, no puede sino colegirse de lo anterior que las pruebas objetivas —que en modo alguno fueron impugnadas por la defensa— consideradas por el tribunal de juicio a los fines de emitir su fallo condenatorio, debieron cuanto menos ser atendidas por el a quo en orden a examinar si

constituían un curso causal probatorio independiente, lo que fundamenta per se el carácter arbitrario del pronunciamiento recurrido”⁴.

3.- Fallo “Benítez”⁵:

En este caso el Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 condenó a Aníbal Leonel Benítez a la pena de dos años y seis meses de prisión y costas por encontrarlo responsable del delito de lesiones graves, agravado por haber sido cometido con un arma de fuego.

La defensa interpuso recurso de casación, cuestionando la incorporación por lectura de testimonios que fueron utilizados como prueba de cargo, no habiendo tenido esa parte la oportunidad de interrogar a los testigos.

En ese juicio se incorporó por lectura las declaraciones testimoniales prestadas en la etapa de instrucción por parte del damnificado, y de los testigos del hecho, y se dejó constancia de que no fue posible lograr la comparecencia de ellos, oponiéndose la defensa a esa decisión del tribunal.

La sentencia condenatorio se fundamentó, principalmente, en las declaraciones testimoniales que fueron incorporadas por lectura, a través de las cuales el tribunal tuvo por refutada la versión de los hechos aportada por el imputado durante la audiencia de debate.

En este caso, el máximo tribunal resolvió que *“..el tribunal de juicio fundó la sentencia de condena en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar, en desmedro del derecho consagrado por los arts. 8.2.f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos..”*.⁶

“..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”.⁷

“Que teniendo en cuenta que una de las declaraciones cuya incorporación por lectura fuera cuestionada por la defensa no pertenecía a un testigo en sentido estricto, sino a quien en su momento fuera coprocesado (Pérez) corresponde aclarar que el derecho de

⁴ Cita n° 2, voto mayoritario.

⁵ C.S.J.N., Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves Causa N° 1524, 329:5556.

⁶ Cita anterior, considerando 11°.-

⁷ Cita anterior, considerando 13°.-

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.’⁸

4.- Interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos:

En fecha 20 de diciembre de 2001, la Corte Europea de Derechos Humanos al resolver en “P.S. c. Alemania”⁹, se pronunció en relación a una condena por el delito de abuso sexual, la cual se fundamentó en declaraciones de un testigo a quién la defensa nunca pudo interrogar.

En el caso, el Tribunal había decidido no interrogar a la damnificada en razón que recordar el abuso sexual podría causarle un daño a su salud.

Si bien contaba con la declaración testimonial de la madre de la menor y del funcionario policial que le recibió declaración a la damnificada en el momento en que se realizó la denuncia, la C.E.D.H entendió que se afectó el derecho de la defensa a contar con un juicio equitativo, toda vez que recayó una condena en su contra sin darle la oportunidad a la parte de controlar en forma directa la declaración testimonial de la menor.

Se dijo que la Convención Europea de Derechos Humanos prevé en el art. 6, inc. 3, apartado d), que toda persona imputada tiene derecho a que la prueba se produzca en una audiencia pública, en presencia del acusado a fin de asegurar a éste un juicio equitativo.

5.- Etapa de instrucción y etapa oral. Derecho de defensa.

Resulta necesario en el análisis del planteo expuesto, tener en cuenta las características del C.P.P.N., a efectos de verificar la efectiva aplicación del derecho a defensa de quienes son actualmente sometidos a un enjuiciamiento penal.

El código de rito nacional presenta dos etapas claramente distintas, por un lado, la etapa de instrucción, que es predominantemente escrita, dirigida por un juez de instrucción, y con posterioridad, se desarrolla la etapa de juicio, que es en donde se realiza la audiencia oral, con un órgano judicial colegiado compuesto por jueces profesionales.

⁸ Cita anterior, considerando 14°.-

⁹ La Ley 2002-F, 16.

Es sabido que la etapa de instrucción presenta características propias del procedimiento inquisitivo –predominantemente escrita, excesivamente burocratizada, secreta, etc.-, y la segunda, etapa de juicio, por sus características se asemeja al modelo acusatorio –es en donde se realiza la audiencia de juicio oral y pública-.

*“El procedimiento de construcción de la verdad procesal es, durante la instrucción preliminar, un procedimiento básicamente autoritario, cualquiera que sea la autoridad que lo preside o dirige (juez de instrucción o fiscal): no sólo es una autoridad estatal la que reconstruye el proceso histórico que conforma su objeto, en principio sin ingreso al procedimiento de los diversos intereses y puntos de vista inmiscuidos en el caso (sin debate), sino que, además, el procedimiento así cumplido obedece al fin principal de recolectar información para lograr la decisión del Estado acerca del enjuiciamiento de una persona”.*¹⁰

En la mayoría de los procedimientos penales de la actualidad, la mayor cantidad de pruebas que se recolectan en la etapa de instrucción, se realizan con anterioridad a que el imputado tenga conocimiento de la existencia de la causa.

A su vez, en la etapa de instrucción, aún cuando el mismo imputado ya fue formalmente intimado, y tomó conocimiento del hecho que se le imputa, el acusador, con excepción de unas escasas pruebas (las irreproducibles), realiza distintas medidas probatorias sin que se requiera el conocimiento y la intervención del imputado en la producción de las mismas.

De esta forma tenemos un legajo que se va formando casi con exclusiva intervención de los dos órganos estatales, en secreto, y en función del cual precisamente, la misma judicatura resolverá la situación procesal del imputado.

El aspecto que venimos analizando resulta profundamente crítico si se analiza que estas pruebas, recogidas con ausencia del imputado, son las que por lo general resultan determinantes para definir su suerte final en el proceso, vulnerándose así el derecho a defensa.

Uno de los aspectos centrales de la garantía del imputado a ser oído es poder contar con una efectiva posibilidad de controlar las pruebas de cargo que se incorporan a la investigación, y por las cuales será juzgado.

Aquí es donde éste derecho se ve claramente vulnerado.

¹⁰ Maier, Julio B. J., Ob. Cit., p. 579.

“La base esencial del derecho a defenderse reposa en la responsabilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación; ella incluye, también la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible..la ley de enjuiciamiento penal, debe prever, necesariamente, actividades previas y consecuencias posteriores en relación al ejercicio de esta facultad, a fin de que ella se pueda constituir en el núcleo del derecho de defensa en juicio. El desarrollo de estas necesidades formales es lo que se conoce como principio de contradicción.. Algunos lo mencionan como principio de bilateralidad, pero el nombre sugiere más un aspecto externo del problema, que aquí se estudiará separadamente: la necesidad de dotar al imputado con facultades equivalentes al acusador, o, al menos, con facultades que le permitan resistir con eficiencia la persecución de que es objeto”¹¹.

Así las cosas, es que la utilización al momento de dictar sentencia de las pruebas recogidas en la etapa de instrucción, vulnera la principal premisa del sistema acusatorio, que es la división de los poderes de las partes que actúan en el proceso, en donde un sujeto “acusa”, y otro resiste esa acusación, ello con la presencia en este “juego contradictorio” de determinadas reglas.

En tal sentido, es que resulta necesario, a efectos de poder lograr una sentencia que se ajuste a nuestra constitución nacional liberal y a lo prescripto por la normativa internacional, que la misma **se fundamente exclusivamente en pruebas de cargo producidas en una audiencia oral, pública, continua y contradictoria.**

6.- Análisis del art. 391 del C.P.P.N.:

Art. 391. - Las declaraciones testimoniales no podrán ser suplidas, bajo pena de nulidad, por la lectura de las recibidas durante la instrucción, salvo en los siguientes casos y siempre que se hayan observado las formalidades de la instrucción: 1º) Cuando el ministerio fiscal y las partes hubieren prestado su conformidad o la presten cuando no comparezca el testigo cuya citación se ordenó.. 3º) Cuando el testigo hubiere fallecido, estuviere ausente del país, se ignorare su residencia o se hallare inhabilitado por cualquier causa para declarar.

Cabe realizar un análisis sumamente crítico del apartado recién invocado, por cuanto prevé excepciones muy amplias a los principios de intermediación y de oralidad que deben regir en el proceso penal.

¹¹ Maier Julio B. J., *Derecho Procesal Penal I. Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, 2da. edición, 3ra. reimpresión., p. 552.

Ello desnaturaliza el debate, y 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.

El reproche a ese artículo, viene dado especialmente en referencia al inciso tercero, por cuanto no se encuentra sumamente justificada esa excepción a los principios básicos que deben regir en el procedimiento.

Reviste particular gravedad la excepción prevista cuando se desconoce el domicilio real del testigo, ya que no existe razón para explicar por qué puede ser cargada al imputado ésta incapacidad del órgano estatal.

Un análisis similar cabe para la situación en que el testigo se encuentre ausente del país o falleciese.

Se vislumbra que estos supuestos fueron incorporados a partir de que el legislador tomó en cuenta el dato de la realidad tribunalicia, de la larga duración de los procesos penales.

Teniendo en cuenta que la oralidad es la regla que debe regir en el debate, es que debe interpretarse los supuestos contemplados en éste apartado de manera taxativa y restringida.

Insisto en que no puede serle cargado a ninguna de las partes, la circunstancia de que los testigos no puedan declarar por los supuestos recién mencionados, cuando la regla debe ser que la sentencia recaiga como consecuencia de pruebas que sean producidas durante un debate oral y contradictorio.

Cabe exceptuar de esa regla, determinadas circunstancias en los que si bien por sus características, la prueba no pueda ser producida en la audiencia, es incorporada a través de otra prueba producida en el debate, como es el caso de la declaración de un perito.

El tema ha traído diversas interpretaciones jurisprudenciales, por un lado se ha sostenido que *“Para el TOC nro. 7, la nulidad de la incorporación por lectura del testimonio de la víctima sólo puede resolverse luego de una valoración en conjunto con el resto de la prueba y de establecer si tal incorporación de probanza no controladas por la defensa son*

dirimientes; se concluye por la absolución al no haberse podido cumplir un verdadero debate contradictorio”¹² .

En sentido contrario, se ha dicho que *“La CNCP, sala III, estimó que la lectura es consecuencia y principio fundamental de la búsqueda de la verdad real o histórica; la circunstancia de no poderse contar con la declaración de un testigo en el momento del debate en nada invalida sus manifestaciones brindadas durante la instrucción, ni impide su incorporación por lectura; expresó que el derecho a interrogar a los testigos de cargo, consagrado en los pactos internacionales, no es directamente operativo, sino que tiene limitaciones objetivas impuesta por la ley..”*¹³

Así se vislumbra con claridad el peligro que conlleva esta cláusula legal que se viene analizando en términos de respeto de garantías constitucionales, y en pos de poder conformar una sentencia que se fundamente en un proceso penal adaptado al sistema republicano.

La discrepancia con el último de los fallos citados es contundente, particularmente cuando manifiesta que *“la circunstancia de no poderse contar con la declaración de un testigo en el momento del debate en nada invalida sus manifestaciones brindadas durante la instrucción”*, al respecto, entendemos que el análisis se presenta desde un primer momento erróneo, porque la falta de declaración de un testigo en el debate no invalida la declaración prestada en la etapa escrita, sino que simplemente, ésta no debe tomarse en cuenta.

7.- Forma de valorar. Sana Crítica racional:

*Como clara contraposición del sistema de prueba legal que predomina en los sistemas inquisitivos, el actual código de rito nacional, establece que el método valorativo de la prueba incorporada a la causa que rige es el de la sana crítica racional, que es definido como “...el conjunto de reglas que proporciona la lógica, la experiencia común y la psicología para el análisis crítico del material probatorio al momento de dictarse una resolución jurisdiccional”*¹⁴

Éste método de valoración, impone la necesidad de hacer un análisis cualitativo y no cuantitativo de las pruebas de cargo.

¹² D'albora, Francisco J., “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado.”, Ed. Abeledo Perrot, 8º edición, Buenos Aires, 2009, p. 694, con cita en DJ 2002-1-69, f. 17.655.-

¹³ D'albora, Francisco J, ob. cit., p. 695, con cita en ED del 30/11/1999, DPPC, f. 62.

¹⁴ Abalo, Raúl W.. “Derecho Procesal Penal”, Tomo II, pág. 404.

A su vez, establece que en términos probatorios, no existen reglas generales e inamovibles para dictar un resolutorio.

Sobre ello, la C.S.J.N. ha dicho que “...en casos como el que aquí se pesquisa la prueba de los delitos contra la honestidad resulta de difícil recolección, no sólo por los desarreglos psicológicos que provocan en la víctima sino también por el transcurso del tiempo hasta que llega la “notitia criminis” al Tribunal. Sin embargo, ello no significa que resulten de imposible investigación, ni que pueda fragmentarse la prueba, quitándole sustento a lo que en conjunto lo tiene. Por el contrario, deben valorarse las pruebas teniendo en cuenta cada uno de los aspectos relevantes de la instrucción para arribar a un fallo definitivo que sea comprensivo y abarcador de los elementos de juicio recolectados¹⁵”.

Al respecto, señaló la jurisprudencia “..el actual método de libre convicción o sana crítica racional consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictuosos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común, tratándose de un convencimiento lógico y motivado, racional y controlable, basado en elementos probatorios objetivos...”¹⁶.

“...Resulta necesario referir que, la certidumbre judicial no se obtendrá sobre las bases de cada uno de los indicios considerados individualmente, pues siendo sólo probables, se admite la posibilidad de duda acerca de las circunstancias que los originan: “se obtendrá en cambio certidumbre de su conjunto, en cuanto coincidiendo unos sobre otros, eliminan recíprocamente esa posibilidad de duda, de acuerdo con la sana lógica y en medida suficiente para lograr el íntimo convencimiento. Por ello el codificador ha receptado en materia probatoria, el principio de sana crítica y no el sistema de pruebas legales”¹⁷.

8.- Conclusión:

A modo de realizar un análisis final de las cuestiones que fueron planteadas al inicio del presente trabajo, y a partir de lo hasta aquí desarrollado, cabe señalar las siguientes afirmaciones.

Primeramente, creemos que hay un punto en el que no se puede dejar a salvo ningún tipo de vacilaciones, y es en el referente a qué pruebas son

¹⁵ C.S.J.N., V. 120. XXXX., recurso de hecho. “Vera Rojas, Rolando s/delito de violación -causa nro. 20.121”, rta.: 15/7/97.

¹⁶ C.N.C.P; Sala III, causa “Edelap”, rta.: 11/8/94.-

¹⁷ C.C.C., Sala IV, “Valverde Aguilar, Ramón”, c. 23.345, rta. 10/04/81

las que debe utilizar el juzgador al momento de pronunciarse por la condena o la absolución del imputado.

Así, creemos que conforme lo analizado en la oportunidad en la que se describió las características de la etapa de instrucción, y sus claros contrastes con la etapa oral, es que sólo las pruebas de cargo recogidas en ésta última instancia pueden ser utilizadas al momento de dictar sentencia definitiva.

La constante violación de los derechos de las partes que presenta la etapa de instrucción, torna necesario ésta afirmación.

Sólo ello se puede acercar al menos a la exigencia de juicio oral, público, contradictorio y continuo que exige nuestra ley fundamental, lo otro, es directamente plagio de la letra de la Constitución Nacional, y de los principios liberales que sostenían nuestros constituyentes.

Así, la común aplicación por parte de nuestros tribunales de lo establecido en el art. 391 del C.P.P.N., resulta una brutal tergiversación de un proceso público y contradictorio, que intenta dotar, con la mayor paridad posible de armas al que acusa y al que resiste esa acusación.

Por ello, es que con gratitud recibimos la doctrina sentada en el mencionado fallo “Benitez”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que justamente, no se legitimó un proceso penal que vulneró la facultad del imputado de controlar la prueba.

Al inicio del presente trabajo, señalamos que en la temática se suele analizar una suerte de ponderación de derechos, entre la protección de la persona damnificada a no sufrir una revictimización y el derecho del imputado a controlar la prueba; y entre éste derecho de la víctima y el interés del estado en la averiguación de la verdad.

En relación a ambas cuestiones, cabe hacer una primera aclaración, el término “revictimización”, presenta, sin lugar a dudas, cierta vaguedad que obliga a analizar la situación en cada caso en concreto.

Asimismo, ese análisis debe hacerse objetivamente.

Se podría dar el caso de una revictimización de una persona que ha sufrido un robo simple en la vía pública y debe prestar declaración testimonial en una audiencia oral frente a su agresor, como también la tiene una persona menor de edad que ha sido abusada sexualmente por su progenitor, y debe volver a contar lo sucedido.

Es decir, se puede dar una “revictimización” en ambas situaciones, pero el grado de afectación de la persona damnificada al volver a relatar lo ocurrido es completamente distinto en cada caso, por lo que resulta necesario valorar la situación en concreto. Difícilmente alguien pueda plantear en el actual esquema procesal penal nacional, el derecho de la damnificada de un robo simple en la vía pública, a no declarar en una audiencia oral, para evitar sufrir una revictimización.

Entonces, ¿puede prevalecer el derecho de la damnificada a no sufrir una revictimización frente al derecho del imputado a controlar la prueba? Entendemos, que desde la óptica de un sistema penal acusatorio, que no persiga la búsqueda de la verdad material como único objetivo del procedimiento, *es imposible prestar desinterés al daño que puede ocasionar a un damnificado de un delito, su intervención ante el órgano jurisdiccional. Lo contrario significaría tener al damnificado como cosa, como un dato que sólo genere la habilitación del poder punitivo, características tan propia del proceso inquisitivo.*

Así, existe la necesidad de evaluar el daño que puede presentar en la víctima, y ante particulares circunstancias de gravedad, corresponde sin dudas, no obligar a la persona a que preste declaración en la audiencia de debate.

Ahora bien, el meollo de la cuestión radica en que ello no le puede ser cargado al imputado, es decir, si la declaración de la víctima en una audiencia oral le provoca un grave daño, corresponde prescindir de su testimonio al momento de resolver la situación definitiva del imputado, evaluando para ello, el resto de las pruebas que se puedan producir en la audiencia oral, pública, contradictoria y continua.

A mayor claridad, *si la comparecencia del damnificado a la audiencia oral le ocasiona un grave daño, no corresponde, de modo alguno, la incorporación por lectura de los dichos que prestó en la etapa de instrucción, como tampoco hacer prevalecer frente a ello, el derecho del Estado a la búsqueda de la verdad material o el derecho del imputado de ofrecer su testimonio como prueba a su favor, debiendo, insistimos, sólo analizar el resto de las pruebas de cargo producidas en la audiencia de debate.*

Es por ello, que discrepamos con lo resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “Gallo López”, por cuanto, ante la contundencia del informe psicológico realizado a la menor, respecto al enorme

daño sufrido por ella –con la circunstancia de la posibilidad de un intento de suicidio-, insiste en que debe prepararse psicológicamente a la damnificada para que puede comparecer ante un tribunal, lo cual parece, a partir de las conclusiones elaboradas por los especialistas, algo muy difícil de lograr.

Corresponde entonces, en casos como los que estamos analizando, la ponderación del resto de las pruebas obtenidas, a la luz de las reglas de la sana crítica racional.

En este mismo orden de ideas, es que el fallo del máximo tribunal en el caso ‘Gallo López’ sí se ajusta a los principios de un proceso acusatorio y respeta el derecho a defensa del imputado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en el caso, que se corrobora la responsabilidad penal del acusado a partir del resto de las pruebas incorporadas al legajo, las cuales lucen contundentes para corroborar tal extremo.

Cabe recordar al respecto, que los dichos sostenidos por la especialista que se entrevistó con la menor en reiteradas oportunidades, son corroborados en forma contundente con el informe ginecológico realizado a la víctima –lo que comprueba la materialidad del hecho-, y con el informe pericial que verificó la compatibilidad genética del imputado con las manchas de sangre y semen que se encontraban en el colchón en el que se cometieron los hechos –lo que termina de comprobar que él es el autor del hecho-.

Corresponde insistir, que en el actual método de valoración –sana crítica racional-, no existe ninguna regla que establezca que cierta prueba determinará per se la suerte del proceso, como podría ser en casos como el que aquí se analiza, la declaración de la propia damnificada.

Es decir, el fallo de la corte no vulnera el derecho de defensa de la parte, por cuanto en la resolución se sostiene que deben meritarse las pruebas de cargo producidas en el debate, que es justamente, lo que resulta acorde con los principios de un proceso penal acusatorio.

Agustín Bastard.-