

La investigación autónoma de la defensa

Marcos Bouzas¹ y Joaquín Raña²

Resumen

Este trabajo sostiene que, en el proceso penal bonaerense, la investigación autónoma de la defensa no solo es un derecho del imputado sino un deber profesional para asegurar una asistencia técnica efectiva. A partir de los pilares del derecho de defensa y de la igualdad de armas, se cuestionan los resabios inquisitivos que persisten en la investigación penal preparatoria -en particular, el rol preponderante que se le otorga al Ministerio Público Fiscal mediante el art. 273 CPPBA- por su impacto en la preparación de la estrategia defensiva. Se propone habilitar prácticas investigativas propias (entrevistas a testigos, recolección y resguardo de fuentes, pedidos de informes y, cuando corresponda, solicitud directa de medidas ante el juez de garantías), con especial cautela en supuestos de vulnerabilidad. El trabajo articula fundamentos constitucionales y convencionales, referencias comparadas y jurisprudencia local, concluyendo que la defensa debe independizar su pesquisa para sostener una teoría del caso propia.

Sumario

1.- Introducción | 2.- Los resabios del sistema inquisitivo | 3.- Pilares de la investigación autónoma de la defensa | 4.- Situaciones particulares | 5.- Conclusiones | 6.- Bibliografía

Palabras clave

investigación autónoma de la defensa – derecho de defensa – personas en situación de vulnerabilidad – declaraciones testimoniales – sistema acusatorio

¹ Abogado (UNMdP). Especialista en derecho penal (UNMdP); Diplomado en prácticas de litigación en el sistema acusatorio adversarial (UNCAUS). Diplomado en litigación adversarial y juicio por jurados (Centro de Formación Judicial de CABA). Correo electrónico: marcosbouzas@gmail.com

² Abogado (UNMdP). Especializando en derecho penal (UNMDP). Egresado de la escuela latinoamericana de defensores de INECIP (VIII edición). Cursó distintos posgrados en el área de herramientas de inteligencia artificial y tecnologías aplicadas al derecho penal (Universidad Torcuato Di Tella; Universidad Nacional del Comahue, CS50x, entre otras). Docente (UFASTA). Correo electrónico: joaquintomasraa@gmail.com

1. Introducción

Con la reforma del año 1998, el proceso penal en la provincia de Buenos Aires tuvo su giro hacia un sistema acusatorio, aunque este nunca terminó de ser considerado como un acusatorio pleno, sino, en palabras de grandes doctrinarios como Binder o Maier, un sistema acusatorio formal, es decir, se distinguía la división entre quien acusaba y juzgaba pero en sí, ambas funciones seguían recayendo en el Estado.

Uno de los fines que tuvo en miras aquella reforma, se concentraba en buscar que el derecho de defensa se viera garantizado en mayor medida. Para ello, debía asegurarse la igualdad de armas entre las partes intervenientes y la imparcialidad de quien debía juzgar.

En esa línea, una de las implicancias que tuvo este viraje, fue la pretendida desformalización de la etapa preliminar, antes llamada instructora y ahora investigación penal preparatoria (en adelante, «IPP»). Esto se debía traducir en una etapa donde el Ministerio Público Fiscal (en adelante, «MPF»), quien ahora era el dueño de la función acusadora, ya no debía formalizar todas las medidas de prueba que se llevaran adelante porque sería durante el juicio oral donde debía producirse la prueba, antes de eso, solo sería una recopilación de datos e información que el MPF utilizaría durante el debate para poder acusar. De esta forma, los procesos se acelerarían al no tenerse que cumplir con sendos rituales y la necesidad de llevar todo protocolizado en un sumario.

Ahora bien, al no existir ese sumario de instrucción como en los procesos inquisitoriales, la defensa podría llevar su propia investigación para luego presentarla ante el órgano jurisdiccional cuando sea el momento procesal oportuno. O al menos esa debió ser la idea, pero el art. 273 del código procesal penal de la Provincia de Buenos (en adelante, «CPPBA»), arrastra viejas ideas de la época inquisitorial, borrando aquella pretendida independencia en la investigación de la defensa, al establecer que: «Proposición de diligencias: Las partes podrán proponer diligencias. El Ministerio Público Fiscal las practicará cuando las considere pertinentes y útiles. Su resolución, en caso de denegatoria, será fundada e inimpugnable, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 334».

Por lo tanto, dicho precepto le bloquea a la defensa la posibilidad de realizar diligencias para recabar información si estas no son aprobadas por el MPF. Lo cual, como expresaremos a lo largo de este trabajo, vulnera el derecho de defensa de la persona imputada. Sin embargo, esbozaremos algunos argumentos que sirvan para que los litigantes insistan ante las autoridades judiciales, en llevar a cabo una investigación autónoma.

2. Los resabios del sistema inquisitivo

La práctica tribunalicia aún lleva la inercia del viejo proceso inquisitorial y eso se ve reflejado en la dependencia ciega que hay sobre el expediente, aquel legajo del Fiscal.

En primer lugar, vemos que los juzgados de garantías no resuelven las peticiones si no tienen en mano el expediente que lleva el MPF. Entonces se genera un poder gravitacional en la etapa de investigación, donde todo debe volcarse a ese legajo, so pena de no ser valorado por el órgano jurisdiccional, sobre todo porque las mayores decisiones aún se toman por escrito y no en el marco de una audiencia oral.

En un sentido similar, Roberto Falcone (Falcone, 2016: 45) ha dicho que la necesidad del MPF de tener que acreditar la existencia de los presupuestos que requiere el dictado de la prisión preventiva genera la práctica de seguir registrando en actas las actividades investigativas, a los fines de asegurarse un resultado positivo ante los órganos jurisdiccionales, en igual forma que ante los pedidos de elevación a juicio. Además, que esta protocolización de la actividad permite luego finalizar los procesos con juicios abreviados. De esta manera, vemos que, aún hoy, todo sigue pasando por las manos, ojos y oídos del agente acusador.

En segundo lugar, la función del MPF de ser el custodio del interés social de justicia (Schiavo, 2019: 292), y su accionar basado en los principios institucionales de legalidad y objetividad (entre otros), generan en la defensa la predisposición de volcar todas sus tareas investigativas en las manos de la Fiscalía. Veamos:

«En cuanto al principio de legalidad, este conlleva que el MPF debe velar por la justa aplicación de la ley, ajustando su actuación a los objetivos de buscar la verdad de los hechos y apegarse al cumplimiento de la ley penal» (Herbel & Rego, 2017: 172).

El principio de objetividad, sustentado en ese rol de guardián de la ley, implica que la investigación llevada a cabo por el MPF no tenga como objetivo ciego lograr una condena del imputado, sino la construcción de la verdad acerca del objeto procesal, llevándolo así, al punto de no acusar en caso de que lo considere de esa forma (Herbel & Rego, 2017: 172).

En nuestro ordenamiento procesal esto se ve reflejado principalmente en dos artículos:

El segundo párrafo del art. 56 del CPPBA, señala:

«En el ejercicio de su función tendrá las facultades generales que le otorgue la ley de organización respectiva y, adecuará sus actos a un criterio objetivo debiendo formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aún a favor del imputado».

Y el art. 321 que dice:

«El Agente Fiscal, el imputado y su Defensor, en cualquier estado de la Investigación Penal Preparatoria, podrán solicitar al Juez de Garantías que dicte el sobreseimiento total o parcial. Salvo el caso del artículo 323 inciso 1), en que el mismo procederá en cualquier estado del proceso».

A su vez, la ley No. 14.442 fija en su artículo 73, el criterio objetivo de actuación con el que debe actuar el agente fiscal, al decir: «Criterio de actuación. El agente fiscal desarrollará su tarea actuando con criterio objetivo, sin ocultar elementos de prueba favorables a la defensa».

Como dijimos anteriormente, esto lleva muchas veces a quien ocupe el rol de la defensa a intentar, en primer lugar, convencer a la Fiscalía de la inocencia del encartado/a., en especial, cuando aún estamos en la etapa de investigación. De esta forma, intentamos ofrecerle elementos de descargo, para generar en el MPF la convicción de que no debe formular acusación o el requerimiento de elevación a juicio ante el juzgado de garantías. Claro, una vez que la Fiscalía opta por ejercer la acción penal requiriendo llevar a la persona imputada a debate oral, ya no nos quedará más que

convencer al órgano jurisdiccional. Pero antes de eso, por inercia y debido a las facultades otorgadas al MPF, nuestro trabajo tenderá a intentar convencer a este en primer lugar.

De esta forma, se conspira contra una investigación autónoma de la defensa que sea presentada ante quien es, al fin y al cabo, el órgano que toma la decisión de sobreseer o no a la persona imputada: el juzgado de garantías.

Binder, señala que, «[e]l problema de la acción en consecuencia es un problema central de los sistemas normativos» (Binder, 2016: 209 y ss.). Y que, aquellos sistemas acusatorios formales, como el nuestro, que le entregan al MPF la facultad de reclamo que en realidad le pertenece a la víctima del derecho vulnerado, en el fondo son profundamente inquisitivos.

En conclusión, vemos que al menos existen dos razones por las cuales aún se mantienen resabios de un sistema que atenta contra un ejercicio de la defensa que se despegue de las tareas realizadas por la Fiscalía durante la IPP. La necesidad del MPF por seguir protocolizando sus tareas y la tendencia de la defensa por querer convencer al Fiscal de instar él mismo el sobreseimiento de la persona imputada.

Aquí, alguien podría preguntarse cómo es que esto atenta contra el derecho de defensa. Bueno, a los fines de entender de mejor manera lo que planteamos, analizaremos un caso basado en una situación real³.

Al «Sr. Y». se lo acusa de manejar una moto robada. Para ello, el Fiscal se apoya en la testimonial de agentes policiales que dicen haberlo interceptado al lado de la moto y que al revisar esta, advirtieron que tenía pedido de captura por una denuncia de robo. A su vez, los policías recabaron el testimonio de una vecina que dice haberlo visto a Y conducir la moto desde hacía unos días atrás.

En una entrevista privada, «Y» nos dice que él nunca manejó la moto y que se la atribuyeron porque en realidad estaba peleando con un sujeto y cuando vio a los efectivos policiales salió corriendo, pero finalmente fue alcanzado y se lo trasladó hasta una cuadra de allí donde había otro sujeto y dos motos.

Claramente, la vecina se vuelve una testigo determinante, y si queremos acreditar los dichos de nuestro defendido, debemos entrevistarnos con ella para poder profundizar la información que habría dado a la policía. Es decir, si la moto a la que refiere es la misma que fue secuestrada; cómo es que conoce a «Y»; etc.

Aquí tendremos dos opciones: pedirle a la Fiscalía que cite a prestar declaración a la vecina; o entrevistarla como defensa para luego hacer valer su declaración ante el órgano jurisdiccional.

Si se lo requerimos al MPF, pueden pasar, a su vez, tres situaciones:

- (1). Que, en virtud de las facultades que le confiere el art. 273 del CPPBA, rechace lo pedido en virtud de considerar que no resulta necesaria una nueva declaración.
- (2). Que cite a la vecina, pero sin avisar defensa y le reciba declaración testimonial, sin profundizar en los puntos que son compatibles con nuestra teoría del caso.
- (3). Que la cite y nos avise, pero que al interrogarla la vecina da los datos de la moto y estos coinciden con la secuestrada; además dice haber reconocido al imputado porque lo

³ Hechos según constancias de la IPP N° PP-08-00-015688-23-00, de trámite ante la Oficina de Delitos Contra la Propiedad Automotor del Dpto. Judicial de Mar del Plata.

conoce desde hace años ya que viven en el mismo barrio. Esto, sin dudas, perjudicaría la situación de «Y», ya que ahora queda más que confirmado que él manejaba el moto vehículo. Es decir, con nuestro accionar estaríamos perjudicando al imputado.

Siguiendo la segunda posibilidad, si como defensa citamos a la testigo para una entrevista privada podrían darse dos situaciones:

(1). Que la vecina dé los datos de la moto y estos coinciden con la secuestrada; y además dice haber reconocido al imputado porque lo conoce desde hace años ya que viven en el mismo barrio. En ese caso, no incorporaremos lo que diga y así no pondremos a «Y» en una posición aún más desventajosa.

(2). Ella refiere que aquella acta firmada no ha reflejado lo que en realidad dijo y que ella nunca lo vio a «Y» conducir alguna moto. Así, podremos utilizar ese testimonio que dejaremos asentado en un acta firmada ante escribano público si somos defensores particulares o firmada por funcionario público en caso de ser una defensoría oficial la que intervenga.

En definitiva, lo que intentamos plantear es que, si nos desprendemos del legajo que lleva el Fiscal, podremos evitar que con nuestro accionar perjudiquemos a quien tenemos que defender de manera eficaz. O, al menos, reducir las posibilidades de ello.

Pero para esto, es necesario desprenderse de la investigación fiscal y buscar la autonomía, dejando atrás los resabios del sistema inquisidor.

3. Los pilares de la investigación autónoma de la defensa

No como una verdad única, pero sí a los fines de seguir poniendo la discusión sobre la mesa, creemos que existen dos grandes pilares que sostienen este derecho a una investigación autónoma por parte de la defensa y sobre los cuales apoyarse en el ejercicio diario de la profesión con el objetivo de ponerlo en práctica.

El primero de ellos no es ni más ni menos que un derecho fundamental en el marco de la vida democrática: el derecho de defensa. Sin embargo, como veremos, este derecho no puede verse limitado únicamente a que se lo garantice durante el debate oral y antes de esa etapa cercenarlo con prácticas más asimilables a gobiernos dictatoriales o antiguos sistemas inquisitivos. El derecho de defensa implica, inexorablemente, garantizarle al imputado y su asistencia letrada la posibilidad real de preparar sus estrategias defensistas.

El segundo pilar, guarda estrecha relación con el proceso acusatorio que rige en nuestra provincia y que, tanto la propia Constitución Nacional⁴ como los tratados internacionales que han obtenido jerarquía constitucional luego de la reforma del año 1994⁵, imponen como forma de juzgamiento. En ese sentido, una de las principales características de este nuevo proceso que en la provincia se plasma con la reforma del código procesal en el año 1998, es la paridad de atribuciones de las partes en conflicto

⁴ Según los artículos 1, 16, 18, 19, 24, 75 inc. 12, y 118 de la Constitución Nacional.

⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

(Favarotto & Simaz, 2013: 27). En ese sentido, y como expondremos más adelante, esto garantiza poner al justiciable y su defensa en pie de igualdad con el agente acusador. Así, la defensa debe contar con las mismas herramientas (salvo las coercitivas) que cuenta el Ministerio Público Fiscal para investigar.

a. El derecho de defensa en la etapa de investigación

El derecho de defensa es, al decir de Binder, la garantía que torna operativa a todas las demás (Binder, 2016: 155).

Normativamente se consagra en el art. 18 de nuestra Constitución Nacional, art. 9 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 10 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y arts. 1 y 89 del CPPBA.

Más allá de lo plasmado en aquellos tratados y la propia Constitución Nacional, se podría decir que este es el derecho fundamental para un Estado democrático. Pero si buscamos una forma de definirlo, lo encontraremos, siguiendo a Jauchen, como un derecho subjetivo individual de la persona para poder resistir la acusación en su contra, esto es, intervenir en el proceso penal, probar y argumentar en él con el fin de obtener una eximición o atenuación de la responsabilidad penal atribuida (Jauchen, 2014: 151).

En ese sentido, el derecho de defensa suele dividirse en dos facetas, la primera denominada defensa material, la cual corresponde a la respuesta dada por el acusado a la imputación y las facultades que tiene para ello; y la segunda, la defensa técnica quien despliega su actividad en el proceso penal según las facultades y deberes que la ley le otorga e impone respectivamente (Maier, 2013: 256–257).

En esta idea podemos decir que, dentro de aquellas facultades entregadas al asesor jurídico para llevar a cabo una defensa técnica efectiva, debe estar la de realizar su propia investigación, independientemente de aquella que el MPF despliegue en búsqueda de reunir los elementos de cargo que considere necesarios a los fines de acreditar su acusación.

Justamente, el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tratado internacional con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22, de la CN, consagra las garantías mínimas que tiene toda persona acusada en un proceso penal. Entre ellas, destacamos la normada por el inciso C, la cual reza:

«c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa”. En igual sentido, el art. 14.3.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece como garantía del imputado, “A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección».

Así las cosas, entendemos que este es el principal bastión de la investigación autónoma de la defensa, porque es aquí donde queda expresamente previsto que el derecho de defensa no es algo que se ejerza únicamente en la etapa de debate donde se confrontan la hipótesis acusadora con la antítesis de la defensa, sino que, en todo caso, ese momento -el juicio- es en donde se aplica una estrategia defensiva que fue previamente planificada. Ahora, si se le impide esa planificación, el derecho de defensa ejercido durante el debate se asemeja más a una ficción. En otras palabras, ¿qué clase de oposición podemos

presentar ante la acusación si no tuvimos las herramientas para prepararla? Imaginemos que dos equipos de futbol se enfrentan en un partido el día domingo, pero solo a uno de ellos se les permite entrenar y prepararse para ese encuentro. ¿Diríamos que hay una contienda justa entre ambos?

Esta diferencia entre aquello permitido al imputado durante la etapa de investigación -someter su investigación a la voluntad del Fiscal- y lo permitido durante el debate oral – confrontar la prueba de cargo- nos remonta al código de instrucción criminal francés del año 1808, donde el imputado era tratado de manera muy distinta sea que se trate de la etapa instructora o de juicio. Según enseña Maier, en este código la situación del imputado variaba según la etapa del procedimiento, así:

«en la instrucción preparatoria era un convidado de piedra que no se enteraba de los actos cumplidos, ni de su contenido, secreto para él y su eventual defensor”, pero durante “el juicio con debate oral y público resultaba equiparado totalmente al órgano de la persecución penal y garantizaba ampliamente su defensa con la publicidad de los actos y su presencia en ellos, la asistencia de un defensor y la posibilidad irrestricta de la contradicción» (Maier, 1999: 353 y ss.).

En cuanto al ordenamiento local, vemos que quince años después de la reforma del código de rito, en la provincia de Buenos Aires se sanciona una nueva ley del Ministerio Público (ley No. 14.442), en donde se busca, justamente otorgarle independencia a la defensa oficial en relación con el Ministerio Público Fiscal a los fines de asegurar un procedimiento acusatorio, quitando a la Defensa de la subordinación del jefe de los fiscales, el Procurador General.

En esta nueva ley, el art. 35 consagra la investigación autónoma de la defensa, al decir que: «(...) investigará de manera independiente, en caso de ser necesario, recolectando elementos de convicción para la defensa».

Por otra parte, y en relación con las defensas particulares, el art. 57 de la ley No. 5.177 (*«ley de ejercicio y reglamentación de la profesión de abogado y procurador»*) establece que los letrados pueden:

«recabar directamente de las oficinas públicas, bancos oficiales o particulares y empresas privadas o mixtas, informes y antecedentes, como así también solicitar certificados sobre hechos concretos atinentes a las causas en que intervengan. Estos pedidos deberán ser evacuados por las oficinas y entidades aludidas dentro del término de quince días. En las solicitudes, el profesional hará constar su nombre, domicilio, carátula del juicio, juzgado y secretaría de actuación».

Ahora, resulta interesante el final de ese párrafo, en tanto fija que: «Las contestaciones serán entregadas personalmente al profesional, o bien remitidas a su domicilio, según lo haya solicitado; no habiendo realizado ninguna solicitud en tal sentido, serán remitidas al Juzgado de la causa». Esto es de vital importancia para asegurar el derecho de defensa, en tanto si pedimos un informe sobre el que desconocemos si la respuesta beneficiará o no a nuestro asistido/a, la posibilidad de que esa información llegue primero a nuestro conocimiento antes que al MPF, garantiza dicho derecho. Es decir, antes de querer introducir esta información en la discusión, tendremos la posibilidad de evaluar si nos genera un aporte positivo a nuestra estrategia procesal o, al contrario, nos daña.

Pero la ley No. 5177 solo se queda en pedidos de informes, y no dice nada sobre otro tipo de medio de prueba como puede ser una declaración testimonial. Sin embargo, el art. 39 de las normas de ética profesional de la provincia de Buenos Aires, especifica en

su último párrafo que, «El abogado puede entrevistar libremente a los testigos de una causa civil o penal en la que intervenga, pero no debe inducirlos por medio alguno a que se aparten de la verdad».

A modo de síntesis, vemos que en nuestro sistema de justicia no se encuentran consolidadas aún las bases conceptuales, normativas, ni jurisprudenciales que establezcan expresamente los fundamentos, alcances y cuestiones prácticas operativas de las investigaciones a cargo de las defensas. Sin embargo, ello no quita que tal vacío deba ser:

«colmado por prácticas efectivas de las defensas que estén orientadas no sólo a consolidar la necesidad de investigaciones independientes de la defensa como integrantes del debido proceso, sino fundamentalmente, como un imperativo ético que trace el camino correcto para delinejar futuras regulaciones normativas que sean consistentes con un sistema de justicia que, entre tantas otras perspectivas que hoy se disputan un lugar de centralidad en nuestros procedimientos penales, se permita tener una perspectiva compatible con los principios constitucionales de la defensa en juicio» (Dolan, 2023).

Como rescata con claridad Dolan, resulta que:

«El leading case en la materia, que creemos brinda el marco de interpretación constitucional adecuado, está dado por el precedente “Strickland”. En dicho caso la Suprema Corte Federal de EE.UU. sostuvo -a los fines de juzgar el correcto desempeño de la defensa- que el deber de investigar de los abogados integra el concepto de la asistencia razonablemente efectiva regulada en la enmienda sexta de la Constitución Federal norteamericana; por ende, su incumplimiento, y los perjuicios que ella derivan para la persona acusada, podría acarrear graves consecuencias para la regularidad del proceso, en términos de validez constitucional, pudiendo anularse una sentencia si dicho estándar había sido quebrantado, regla que luego fue delineada en sus aspectos prácticos operativos, a través de las Criminal Justice Standards for the Defense Function, publicadas en 2017, por la American Bar Association (ABA)».

En el caso de nuestra Corte Suprema de Justicia, esta no se ha expedido de manera directa respecto al deber del defensor de investigar, pero puede ser edificada a partir de la integración funcional de una serie de precedentes de nuestro máximo tribunal federal, tales como los casos «Casal» (CSJN, 20/09/2005), «Carrera», CSJN, 25/10/2016, «Vázquez» (CSJN, 26/12/2019) y «González Nieva» (CSJN, 08/10/2020), donde se ha señalado que se debe disponer *«de los medios adecuados para la preparación de la defensa»* («Casal»), que *«(...) el juez, aún frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado pueda ser cierta (...)»* («Carrera»), que el *«(...) el punto de partida es la presunción de su inocencia y no la hipótesis de la acusación (...)»* («Vázquez»), y finalmente, que:

«(...) resultaba imperativo que el tribunal de mérito analizase el planteo de la parte, atendiendo al grave contexto de irregularidades que afectaba la legitimidad del proceso, el cual no surgía únicamente de los dichos de los imputados, sino también -como se mencionó- de la circunstancia de que los preventores encargados de la pesquisa acudieron al debate procesados con prisión preventiva por graves delitos vinculados a sus funciones e, incluso, a los hechos del caso, así como del sospechoso desprendimiento patrimonial del imputado (...) en favor del agente policial a cargo de la investigación y de las notorias inconsistencias entre los dichos de los preventores y la prueba producida durante el plenario (...)» («González Nieva»).

Ahora bien, queriendo trasladar todo esto a situaciones concretas, podemos analizar qué es lo que habitualmente sucede en la práctica tribunalicia según aquello que a quienes aquí escribimos este artículo y a colegas nos ha tocado atravesar. Así, solemos enfrentar dificultades en lo que respecta a declaraciones testimoniales, donde la fiscalía las lleva adelante o las delega en funcionarios policiales, pero sin avisar a la defensa. Cuando, como defensores, queremos solicitar que se lleven adelante nuevamente porque es interés de la defensa poder realizar determinadas preguntas o abordar determinados temas que no lo fueron en aquella primera declaración, el MPF nos deniega la posibilidad diciendo que, a su criterio (aquí es donde entra en juego el art. 273 del CPPBA), no resulta ni útil ni pertinente, además de ser sobreabundante. Y remata su postura, diciendo que tampoco existe una violación al derecho de defensa porque en todo caso será durante el debate oral donde la defensa podrá realizar aquellas preguntas que considere necesarias.

Muchas veces estas posturas son avaladas desde los juzgados de garantías que sostienen una ausencia de violación al derecho de defensa porque, justamente, es en el juicio donde este derecho no puede verse alterado y donde la defensa tiene la posibilidad de controlar la prueba de cargo.

Ahora, pensemos en como esta postura puede conllevar un claro y grave perjuicio al imputado quien se ve imposibilitado de tener una defensa eficaz. Supongamos que existe un testigo, que dice haber visto a nuestro defendido/a en el lugar del hecho manejando el vehículo que han utilizado para ejecutar el robo. Solo eso fue plasmado en el acta testimonial, más sus datos personales (nombre, apellido, DNI y dirección). Claramente es un testigo que afecta gravemente la teoría del caso de la defensa si esta gira en torno a desconocer su participación en el hecho, y podría generar la convicción suficiente para considerar al imputado como responsable penal de lo sucedido.

¿Qué sucede si llegamos al debate oral con solo esa información? La mayoría de los autores que escriben sobre técnicas de litigación oral concluyen siempre en lo mismo: cuando se contrainterroga a un testigo que puede lastimar nuestra teoría del caso, no debemos preguntar a ciegas o, en otras palabras, ir a la pesca. No se le puede realizar al testigo preguntas sobre las que no pueden prever qué contestará porque su respuesta puede aún generar un daño mayor.

Un jurista experto en contrainterrogatorios como lo es el Dr. Alejandro Decastro González, enseña, como una regla durante estas prácticas, no hacer una pregunta si no se conoce la probable respuesta. Es decir, no hacer preguntas a ciegas, explica. Y de manera contundente destaca: «No formular una pregunta a menos que se conozca la probable respuesta es una elemental regla de precaución y prudencia durante el contrainterrogatorio» (DeCastro González, 2005: 491).

Por su parte, Duce y Baytelman enseñan que, «El contraexamen es, entonces, un ejercicio muy específico y concreto: mi teoría del caso y la información de que dispongo determinan mis líneas de contraexamen, para cada una de las cuales tengo información de respaldo, y asumiendo que estoy tratando con un testigo hostil a mi caso» (Baytelman & Duce, 2004).

En igual sentido que el anterior jurista citado, estos autores refieren de manera clara y contundente:

«La regla a este respecto es casi absoluta: ir de pesca casi nunca es una opción. Especialmente en el contraexamen, cuando el abogado pretende superponer otra versión de la historia al testimonio que ya prestó el testigo. El contraexamen no es

una instancia de investigación. Para hacer un contraexamen efectivo, el abogado tiene que haber hecho su trabajo de investigación antes del juicio; cuando venimos al juicio, conocemos las respuestas ¡o no hacemos las preguntas!» (Baytelman & Duce, 2004).

Ahora bien, si en cambio como defensa llevamos adelante una investigación autónoma, es decir, no nos quedamos solo con la información que ha recolectado el MPF, podríamos averiguar que aquel testigo tiene una profunda enemistad contra nuestro defendido/a; o que en realidad jamás podría haberlo sindicado con nombre y apellido porque no lo conocía; o que a esa hora y en ese día donde el testigo dijo haber estado, en realidad estaba trabajando. Pero si no tenemos esa información de manera previa al debate, realizar las preguntas en ese momento implica un riesgo enorme porque puede llegar a decirnos todo lo contrario y así perjudicar aún más nuestra teoría del caso.

En este punto, también resulta interesante plantear la necesidad de que esa investigación que hagamos, específicamente aquellas declaraciones de testigos que podamos recabar, queden plasmadas en algún tipo de registro, para que, de ese modo, podamos hacerlas valer como declaración previa⁶ en el caso que sea necesario demostrar una contradicción o refrescar la memoria durante el debate oral. Caso contrario, imaginemos que, nos hayamos entrevistado con aquel testigo que nos perjudica y durante el juicio sabemos que aquello que dice no es cierto, entonces como podríamos exponerlo si no tenemos con qué confrontarlo. Ya en el siguiente acápite, nos adentraremos un poco más sobre estas cuestiones.

Por ello, sostenemos que, si bien interrogar a un testigo ofrecido por la Fiscalía durante el debate es parte del derecho de defensa del imputado y ello no conlleva ninguna discusión, dicha facultad no puede ser entendida de manera limitada como suele suceder en la práctica habitual, sino que debe abarcar también la etapa previa al juicio donde es necesario, para la defensa, obtener toda la información posible para desarrollar su estrategia de la manera más efectiva.

b. La igualdad de armas como fundamento del proceso acusatorio

El segundo de los pilares que hemos señalado es la igualdad de armas, siendo esta una de las principales características que ha adquirido el proceso con el advenimiento del sistema acusatorio.

La división entre la parte acusadora y quien dicta la sentencia (característica principal de sistema acusatorio), genera que el juez adopte una actitud pasiva, por lo tanto, el juicio resulta una contienda entre iguales, una parte que acusa y otra que se defiende (Falcone, 2014: 52). En un mismo sentido, Favarotto y Simaz refieren que, la contradicción como principio del sistema acusatorio no alcanza si no se asegura una efectiva paridad de oportunidades de los sujetos procesales, es decir, idénticas posibilidades de probar la autenticidad de sus pretensiones jurídicos-penales (Favarotto & Simaz, 2013: 53). De no ser así, siguen diciendo los juristas, queda desvirtuado por completo el sistema de garantías que trae consigo el sistema acusatorio.

Para Maier, se podrá hablar de igualdad de posibilidades, si el imputado tiene las mismas facultades que el ministerio público para influir sobre la reconstrucción fáctica,

⁶ Arts. 342 bis y 366 del código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires (CPPBA)

es decir, idénticas posibilidades para incidir en la recepción y valoración de la prueba (Maier, 1999: 585).

Aquí la pregunta que nos hacemos es: Si la Fiscalía puede interrogar testigos sin avisar a la defensa, en su despacho y hacer valer el acta donde registra su declaración ante el Juzgado o Tribunal, ¿por qué la defensa no puede realizar la misma práctica? ¿Por qué el abogado particular no puede citar al testigo a su oficina privada y realizar un acta para luego introducirla en el proceso si es necesario o utilizarlo como declaración previa durante el debate oral?

Si bien no se puede desconocer la existencia de diversos prejuicios que existen contra la defensa y sobre todo, contra la defensa particular, esto no puede ser un impedimento válido para que quien realiza un trabajo honesto, serio, profesional y ético, pueda llevar adelante estas acciones al igual que lo hace el Ministerio Público Fiscal.

Es más, en el año 2006, la Procuración General de la Nación emite una resolución, donde en sus considerandos reconoce y avala la posibilidad de la defensa particular de tomar testimonios juramentados pasados ante escribanos públicos para luego ser ofrecida ante el juez actuante.

En ese sentido, no debiera existir inconveniente alguno para que el letrado particular cite mediante carta documento (u otro estilo de misiva que permita una acreditación fehaciente de haber sido recibida) al testigo en su estudio jurídico.

Tampoco encontramos inconveniente en que esto no sea anoticiado previamente al MPF, sobre todo, porque a diferencia de este último, la defensa no tiene la obligación de hacer conocer a la contra parte, la totalidad de los elementos de prueba recolectados. En cambio, recordemos, que el MPF sí tiene la obligación, aun cuando estos beneficien la posición del imputado⁷.

Pero además, entendemos que lo más conveniente sería siempre recibir las declaraciones testimoniales sin la presencia del agente acusador, en tanto la información -o parte de ella- que puede surgir de la entrevista con el testigo puede llegar a perjudicar la hipótesis defensista y, en ese caso, lo mejor es que la Fiscalía no tome conocimiento de ello, caso contrario nuestro accionar estaría perjudicando la posición del imputado.

Esto aplica tanto para un testigo que ya ha declarado en sede Fiscal y sobre el que nosotros queremos interrogar, como aquel que aún no haya declarado. Por eso, consideramos que, en la medida de las posibilidades, siempre es preferible entrevistarse de manera privada con los testigos.

De esta manera, existe una real igualdad de armas donde ambas partes pueden llegar al momento del juicio con toda aquella información que requieren para desplegar sus estrategias procesales.

⁷ Según el art. 56 del código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires (CPPBA) y el art. 73 de la ley No. 14.442.

4. Situaciones particulares

a. Personas en situación de vulnerabilidad

Ahora, corresponde hacer un llamado aparte para, al menos, dos tipos de testimonios que deben guardar determinadas atenciones:

La primera relacionada a testigos en situación de vulnerabilidad como aquellos que contempla el art. 102 bis del CPPBA (menor de dieciséis (16) años de edad, víctima de alguno de los delitos tipificados en el libro II título III del código penal) y la resolución No. 903/12 de la SCBA (personas con padecimiento o deficiencias mentales);

Y la segunda, en relación con víctimas de delitos en contexto de violencia de género o contra la integridad sexual.

En cuanto a los casos contemplados por el art. 102 bis del CPPBA y la Res. N°903/12 de la SCBA, consideramos que no pueden ser sometidos a diversas entrevistas ni mucho menos de manera privada en el estudio jurídico del defensor/a. Aquí, es importante contrapesar los derechos que resguardan la integridad psíquica de estas víctimas y evitan la revictimización.

Justamente, la ley No. 13.954 incorpora la utilización de la Cámara Gesell como modo de interrogar a niños/as y adolescentes menores de 16 años víctimas de delitos contra la integridad sexual, ello a los fines de evitar la «*victimización secundaria*» o «*revictimización*» al ser interpelados sin los cuidados y medidas necesarias que deben tenerse en cuenta al considerar la edad y nivel de desarrollo que presentan. Dicha reforma procesal, tuvo fundamento en nada más y nada menos, que en la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en tanto dicho tratado con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN) establece la necesidad de que los Estados parte presten primordial atención al interés superior del niño, comprometiéndose a asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. La «Observación General No. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)», nos da un concepto acabado de lo que se entiende por «interés superior del niño» y de cómo ha de influir en las acciones judiciales durante los procesos. Así dice:

«[...] es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. (...) c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño

frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos».

A su vez, la «*directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños y niñas víctimas y testigos de delitos*» (Resolución del ECOSOC 2005/20 [2005]) establece, entre otras cuestiones, una serie de principios que deben ser respetados por los profesionales y demás personas responsables del bienestar de los niños víctimas de delitos. En el art. 10 establece que:

«Los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser tratados con tacto y sensibilidad a lo largo de todo el proceso de justicia, tomando en consideración su situación personal y sus necesidades inmediatas, su edad, sexo, impedimentos físicos y nivel de madurez y respetando plenamente su integridad física, mental y moral».

y en su art. 29 consagra el derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso judicial: «Los profesionales deberán tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad».

En relación a las personas con discapacidad, la *Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, establece entre otras obligaciones a los Estados parte, «abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella» (art. 4.1.d); a su vez, que estas personas:

«tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares» (art. 13.1).

En resumen, vemos que la situación en estos casos impide ejercer la tarea investigativa sin que ello pueda generar un claro y concreto perjuicio sobre este grupo de testigos.

En cambio, sobre el segundo grupo (víctimas en contexto de violencia de género o contra la integridad sexual), consideramos que sí se podrían llevar a cabo prácticas de investigación pero debiendo, primero, construir una ingeniería en la que, al menos y de forma obligatoria, se realicen capacitaciones sobre violencia de género para letrados particulares (para quienes son funcionarios públicos esto ya existe en el marco de la ley No. 27.499, conocida como «ley Micaela»). Además, contar con profesionales en psicología que estén a disposición para asistir a la víctima en caso de que así lo requiera; la obligatoria registración del acto; entre otras que tenga como finalidad amalgamar el derecho de defensa con el respeto a la dignidad de la víctima. Sin embargo, esta es una cuestión que amerita ser profundizada en un trabajo más específico.

b. Allanamientos, requisas e intervención en dispositivos electrónicos

Otro punto para poner sobre debate es la posibilidad de solicitar medidas que afecten garantías constitucionales de terceros, como pueden ser allanamientos, requisas o inspecciones de aparatos tecnológicos. ¿Es posible requerir estas medidas de manera autónoma y directa al juzgado de garantías?

A nuestro entender, no existiría motivo para que la defensa no pueda hacerlo, siempre y cuando su pedido esté fundamentado debidamente en la misma forma que se le exige al MPF. Es decir, que acredite la existencia de indicios vehementes para pensar que en ese lugar (sea un inmueble, el bolso de alguien, o un celular) existen elementos de interés para la causa, siendo, además, esta la única forma de poder hacerse de ellos.

La diferencia, en todo caso, radicará sobre los puntos de interés para solicitar la medida, en tanto la defensa no la requerirá para otra cosa que no sea el hacerse de material probatorio que no podría hacerse de él si no es mediante alguno de estos medios de prueba. Sin embargo, aquí el MPF no debería estar a cargo de la supervisión de la medida, en tanto sería solo de interés de la parte defensista, a menos que la parte acusadora también lo considere útil para su investigación. Pero lo ideal sería que el propio juzgado, en su calidad de veedor de las garantías constitucionales en juego, esté a cargo de que la medida sea llevada adelante sin que se viole alguna de ellas. Pero reiteramos, aquí el interesado es la defensa, quien debiera estar presente también, sobre todo, para tomar contacto inmediato sobre los resultados que arroje la medida.

Más allá de eso, consideramos que, al igual que mencionamos en el anterior acápite, este también es un asunto que amerita un trabajo específico en donde se profundice la problemática.

5. Conclusiones

Carlos Nino sostenía que

«(...) La función de los abogados (...) en su tarea de litigar ante los tribunales (...) consiste, fundamentalmente, en presentar ante los jueces el "mundo posible" más favorable a su representado que sea compatible con las normas jurídicas vigentes y con las pruebas acreditadas; en este caso, el diseño del abogado se proyecta no hacia el futuro sino hacia el pasado (...)» (Nino, 2003: 7).

Pero, para llevar adelante dicho desafío, se impone una propia investigación independiente por parte de la defensa. Al decir de Binder, la actividad de la investigación se trata de

«una actividad eminentemente creativa; se trata de superar un estado de incertidumbre mediante la búsqueda de todos aquellos medios que puedan aportar la información que acabe con esa incertidumbre. Se trata, pues, de la actividad que encuentra o detecta los medios que servirán de prueba (...)» (Binder, 1999: 236, citado en Coria García, 2024).

A modo de corolario, podemos afirmar que existen motivos suficientes para que, en la práctica diaria, quienes ejercemos el rol de la defensa, insistamos con la posibilidad de que llevemos adelante una investigación autónoma en relación a aquella que realiza la Fiscalía, y con los mismos derechos que a ella le asisten. Por supuesto, nadie exige que tengamos capacidad para requerir medidas coercitivas, pero sí, que autónomamente podamos utilizar los diversos medios de recolección de prueba como lo hace el MPF. Más aún, poder citar a posibles testigos en nuestras oficinas privadas y sin necesidad de comunicar esto previamente a la parte acusadora.

En ese sentido, nos parece relevante que como defensa adoptemos estas nuevas prácticas donde tomemos la iniciativa de encontrar aquella prueba que nos sea útil para

nuestra teoría del caso y no seguir dejando esto en manos de la Fiscalía o bajo el riesgo de que se frustre nuestra estrategia procesal antes de llegar al juicio. Menos aún debemos continuar con prácticas que pongan en peligro la defensa del imputado, requiriendo medidas probatorias al MPF que luego pueden perjudicar los intereses de la persona que defendamos.

Queda abierta la posibilidad de seguir profundizando esta cuestión, porque también significa empezar a mirar el proceso penal, al menos en su etapa de investigación, desde otra perspectiva, donde se abandone la idea de que todo debe pasar por el legajo fiscal. No hay discusión que el MPF es el titular de la acción penal, pero no debe ser el dueño de nuestra investigación.

6. Bibliografía

- Baytelman, A., & Duce, M. (2004). *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Universidad Diego Portales.
- Binder, A. (2016). *Introducción al derecho procesal penal*. Ad-Hoc.
- Coria García, C. A. (2024, julio). Sin salida para los niños, niñas y adolescentes. *Revista Pensamiento Penal*, (511).
- Decastro González, A. (2005). *El contrainterrogatorio*. Librería Jurídica COMLIBROS.
- Dolan, L. (2023). *Minuta de investigación de la defensa*. VIII Escuela Latinoamericana de Defensores Penales de INECIP.
- Falcone, R. (2014). *El juicio oral*. Ad-Hoc.
- Falcone, R. (2016). *Lineamientos de un proceso penal adversarial en la provincia de Buenos Aires*. Ad-Hoc.
- Favarotto, R., & Simaz, A. (2013). *El juicio penal bonaerense*. Ediar.
- Jauchen, E. (2014). *Derechos del imputado*. Rubinzal-Culzoni.
- Maier, J. (1999). *Derecho procesal penal. Tomo I: Fundamentos*. Editores del Puerto.
- Maier, J. (2013). *Derecho procesal penal. Tomo II: Parte general. Sujetos procesales*. Ad-Hoc.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Astrea.

Instrumentos internacionales

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2005, 20 de septiembre). Casal, Matías Eugenio s/ robo simple en grado de tentativa - causa N° 1681 (Fallos: 328:3399). Argentina.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2016, 25 de octubre). Carrera, Fernando Ariel s/ recurso de casación (Fallos: 339:1384). Argentina.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2020, 8 de octubre). González Nieva, Jorge Gabriel s/ causa N° 8831 (Fallos: 343:1213). Argentina.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2019, 26 de diciembre). Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/ homicidio agravado s/ causa CSJ 367/2018/C51. Argentina.