

¿PROCESO ADVERSARIAL?

SOBRE LA RECOLECCIÓN DE EVIDENCIA POR PARTE DE LA DEFENSA

Voy a escribir este artículo con los mismos parámetros con los pretendo que mis alumnos me cuenten un caso: voy a tratar de hablar claro.

¿Tenemos un proceso adversarial? ¿Existe igualdad de armas entre la defensa y la fiscalía en el modelo procesal penal de la Provincia y de la Nación? Me adelanto a lo que viene después, y les cuento que creo que la respuesta es no. No existe igualdad de armas y no tenemos un proceso verdaderamente adversarial.

Hace unos días, y aprovechando la cuarentena, me puse a escuchar unas charlas organizadas por un grupo de profesionales penalistas de Tucumán. Todas las disertaciones giraron en torno a la puesta en práctica del nuevo código procesal penal de la Provincia.

Escuché que varios abogados litigantes (que ejercen la profesión en forma particular), planteaban a los disertantes el problema de la recolección o producción de evidencia¹ cuando actuaban como defensores.

Un colega dijo en un momento “no es lo mismo cuando llega el pedido con el sellito” (refiriéndose a un oficio de una Defensoría Pública).

Y tenía razón. Al ejercer la defensa desde el Ministerio Público de la Defensa – a pesar de todo lo que resta por conseguir para litigar en igualdad de condiciones -, la producción o recolección de evidencia resulta posible. No sólo por el “sello”, sino porque hay una ley que respalda ese pedido de información y obliga a los organismos públicos o privados a evacuar las consultas o requerimientos del defensor.

¿Pero qué pasa en el ámbito privado del ejercicio profesional?

El disertante contestaba a las preguntas y con mucha amabilidad les decía a los colegas: *“Cuando Ud. Necesite una prueba, Ud. tiene que pedirle al Fiscal, y si el fiscal le denegara el pedido de una determinada prueba, Ud. Puede recurrir al auxilio jurisdiccional y pedírsele al juez de garantías”*.

Acostumbrada a mandar nuestros oficios con el “sello”, como decía el colega, reconozco que no era un tema al que yo le hubiera prestado particular atención.

Así que me puse por un instante en los zapatos de los colegas que trabajan en forma independiente.

Y me imaginé en mi anterior estudio, recibiendo a la familia de un nuevo defendido. Me vi entrevistándolos y visitando después a mi defendido alojado en Villa Urquiza, recabando información para diseñar una estrategia para la defensa.

Me imagino con uno de mis cuadros en el pizarrón blanco y tres hipótesis para buscar evidencia y poder armar una teoría del caso fuerte y creíble. Escribo nombres, fechas, líneas de tiempo, signos de pregunta y líneas con espacios en blanco.

Tengo dos posibilidades de búsqueda: A y B.

Para A necesito un informe de un organismo público.

Para B necesito datos que están en poder de una empresa privada.

Y me imagino, con tremendo estupor, yendo a la oficina del Fiscal, golpeando su puerta (sé que no iría a pedirselo personalmente, pero no me pidan que le quite emoción al relato) y pidiendo con vos lastimosa: *“Sr. Fiscal, ¿sería tan amable, si no es mucha molestia y a Ud. le parece conveniente, de ayudarme en la producción de la prueba?”*.

Y el Fiscal, desde su escritorio, mirándome por encima de los anteojos (este fiscal tiene anteojos) y diciéndome con una media sonrisa y tonito de sorna: *“le concedo A porque me gusta esa teoría del caso. Pero B no me parece Dra. No me gusta esa línea de investigación”*.

Y vuelvo a verme, agradeciendo al Fiscal (mi contraparte) la benevolencia de haberme atendido y de ayudarme a producir una de mis pruebas; y escuchando mientras me alejo que se ríen por el tiempo que me hacen perder, comentan las posibles defensas que estoy buscando y se relamen por los secretos profesionales que de una manera u otra estoy develando.

Y yo camino – sola y patética – para ir a pedirle al juez que por favor me ayude con B.

Salgo a la calle y me siento la más estúpida. Acabo de develar información - que aún estoy investigando -, justamente a la fiscalía. Justamente al señor de anteojos que quiere mantener preso a mi cliente. Justamente al señor de anteojos que busca exactamente lo contrario a lo que yo busco.

Acabo de tocar la puerta de mi contraparte para pedir ayuda para producir prueba que yo necesito para sostener una posición exactamente contraria a la de mi contraparte. Parece un trabalenguas, pero es así.

Parece una broma y yo parezco tonta. Pero no es broma. Y yo no soy tan tonta.

Eso es lo que prevé el Código Procesal Penal de Tucumánⁱⁱ y el Código Procesal Penal Federalⁱⁱⁱ. Y es lo que prevé el Código Procesal de Chile^{iv} (entre otros), en los que evidentemente nos inspiramos.

Si lo planteáramos en términos de fútbol, mis hijos fanáticos de River me dirían que estoy loca: *“¿Qué me estás diciendo mamá? ¿Que River le tiene que pedir permiso a Boca para entrenar? ¿Qué Boca tiene que autorizar cómo se entrena?”* Si hijo, si el equipo contrario decide que no pueden entrenar de determinada manera, entonces ahí recién pueden ir a la AFA para pedir autorización. *“Pero Mamá! Si el otro equipo es el que puede aprobar o no el entrenamiento puede jodernos, y va a conocer las posibles tácticas, y después en el partido van a estar con ventaja.”*

Lamento decirles, queridos colegas, que este partido que estamos por jugar no va a ser parejo.

Mientras la defensa deba recurrir siempre al Fiscal para producir prueba (tal el esquema previsto tanto en el Código Procesal Penal Federal como en el Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán), el proceso no será adversarial, y la igualdad de armas quedará en una mera declaración de principios.

Esperar que la mentada “objetividad” del fiscal^v pueda sanear la falta de capacidad de la defensa para producir evidencia de descargo, es condenar el éxito del sistema al voluntarismo de quien ejerza la acusación pública y poner en jaque la base del sistema adversarial: la igualdad de armas en el proceso y el equilibrio de la contienda. No se compensa lo que se plantea con la obligación que tiene el fiscal de descubrimiento de la prueba de cargo y de descargo a la defensa.

Y ello, porque la teoría del caso de la defensa puede no limitarse a plantear la falta de acreditación de los extremos del delito y o la duda razonable, sino que podrá tener una teoría positiva (y ojalá que así sea), que le requiera producir numerosa prueba para sostener su planteo; y podrá tener al inicio una o varias hipótesis alternativas hasta el momento de la elaboración de la teoría del caso. Si para elaborar su estrategia defensiva la defensa deberá solicitar y explicar al fiscal – su contraparte – “en forma fundada” la evidencia cuya producción necesita, resulta obvio que no estamos hablando de una contienda de adversarios iguales.

Pero eso no es todo. Tal esquema resulta contradictorio con la misma estructura de ambos Códigos procesales que, con razón, no hacen pesar sobre la defensa ninguna obligación de develación de la prueba colectada durante la investigación, debiendo esta mostrar sus cartas recién al momento de la audiencia de control de acusación.

Es necesaria una reforma legislativa que elimine la intervención del fiscal en la producción de la prueba de la defensa, y sujete al auxilio jurisdiccional sólo la búsqueda de aquellas evidencias que por su naturaleza no puedan ser obtenidas por el abogado defensor, eliminando el “filtro fiscal” para la producción de la prueba de descargo.

Mientras tanto, a los abogados defensores le resta un desafío: saltar la valla fiscal y obtener que alguna esclarecida visión judicial, en una interpretación armónica de nuestra Constitución Nacional, haga primar los principios del sistema acusatorio adversarial (art. 24, 75, inc.12 y 118) y el derecho de defensa (art. 18 CN y art. 1, 2 y 8 de la CADH), eliminando el requisito de la intermediación del fiscal en la producción de prueba.

Vanessa Lucero

Prosecretaría Letrada – Defensora Pública Coadyuvante - Ministerio Público de la Defensa (Defensoría General de la Nación) - Docente de Litigación Oral Penal (UNT) y Práctica Constitucional (UNT)

ⁱ Tanto el Código Procesal de Tucumán como el Código Procesal Penal Federal, utilizan la terminología “prueba” en vez de evidencia.

ⁱⁱ Nuevo Código Procesal Penal de Tucumán - Art. 73.- Defensor. El imputado tendrá derecho a elegir como defensor de confianza a un abogado habilitado legalmente al efecto. Si no lo hace, se le designará un defensor público. El defensor oficial podrá ser asistido por un ayudante de defensor, quien podrá actuar en representación del defensor oficial en los actos de defensa del imputado determinados por el funcionario constitucional, y sólo en los casos en que este Código autoriza y normas prácticas que disponga la Corte Suprema de Justicia lo autoricen. Sin perjuicio de ello, las vistas y notificaciones a la defensa de oficio, previstas en este Código, deberán efectuarse personalmente al defensor oficial. Si prefiere defenderse por sí mismo, el juez lo permitirá sólo cuando no perjudique la eficacia de su asistencia técnica. La intervención del defensor no impide el derecho del imputado a formular personalmente solicitudes y observaciones. La defensa pública podrá requerir el auxilio de los organismos técnicos y/o científicos de la policía de investigaciones judiciales a fin de preparar su estrategia de defensa, quienes deberán guardar secreto de cuanto tomaren conocimiento en razón de la consulta. Rige para la defensa lo previsto en el Artículo 96 punto 3, segundo párrafo. En caso de denegarse dicho auxilio, la defensa podrá ocurrir ante el juez de garantía dentro de los tres (3) días, quien resolverá de inmediato y sin recurso alguno.

ⁱⁱⁱ Código Procesal Penal Federal, ARTÍCULO 135.- Reglas sobre la prueba. La recolección y admisibilidad de la prueba se ajustará a las siguientes reglas procesales:

a. La recolección de los elementos de prueba estará a cargo del representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, quien actuará bajo los principios de objetividad y lealtad procesal y deberá requerir orden judicial previa sólo en los casos en que este Código así lo establece;

b. Las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y sólo recurrirán al representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL si fuese necesaria su intervención. En caso de negativa injustificada podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que así lo ordene. La prueba producida por la querrela se incorporará como anexo al legajo del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL cuando esta lo solicite; la defensa tendrá su propio legajo de prueba;

c. Los jueces no podrán de oficio incorporar prueba alguna;

d. Sólo se admitirán medios de prueba que guarden relación, directa o indirecta, con el objeto del proceso, sean útiles y pertinentes para la resolución del caso y no resulten manifiestamente sobreabundantes; no podrá denegarse prueba si para su producción hubiere conformidad de las partes;

e. Si el hecho fuera admitido por todas las partes, el órgano jurisdiccional puede prescindir de la prueba ofrecida, declarándolo comprobado en el auto de apertura del juicio; durante la audiencia prevista en el artículo 279, el juez puede provocar el acuerdo entre las partes si estimara que, según las pruebas ofrecidas, se trata de un hecho notorio.

^{iv} Ley 19696 – Código Procesal Penal (Chile) Artículo 183.- Proposición de diligencias. Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal deberá pronunciarse dentro de los diez días siguientes a la solicitud y ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes. Si el fiscal rechazare la solicitud o no se pronunciare dentro del plazo establecido en el inciso anterior, se podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, dentro del plazo de cinco días contado desde el rechazo o desde el vencimiento del señalado plazo, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia.

^v Código Procesal Penal Federal ARTÍCULO 91.- Principios de actuación. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL, en su actuación, debe regirse por los principios de objetividad y lealtad procesal. Conforme al principio de objetividad, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberá investigar todas las circunstancias relevantes del hecho objeto del proceso y formular sus requerimientos de conformidad con las pruebas de las que tomare conocimiento, incluso si ello redundara en favor del imputado. Conforme al principio de lealtad procesal, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL estará obligado a exhibir, tan pronto como sea posible, las pruebas que obren en su poder o estén bajo su control y que, a su juicio, indiquen o tiendan a indicar la inocencia del acusado, o a atenuar su culpabilidad, o que puedan afectar la credibilidad de las pruebas de cargo.