PODER A LA DEFENSA EN LA INVESTIGACIÓN PENAL PREPARATORIA

María Fernanda López Puleio

1. Preliminar. La oportunidad de puesta en marcha de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal para la justicia nacional y federal

En un trabajo escrito hace más de cincuenta años, Ricardo Levene (h)[1], autor del proyecto de ley que fue tomado como base para la sanción del Código de Procedimientos Penal de la Nación todavía vigente (ley 23.984), alertaba sobre la "necesidad ineludible" de modificar el sistema instaurado en 1889 por la ley 2372[2] -lo que finalmente sucedió en 1992- con la sanción de un nuevo modelo de enjuiciamiento que instauró el juicio penal oral y público en la justicia nacional y federal.

En aquel artículo, Levene (h) fundaba esa necesidad ineludible en los numerosos "defectos" que presentaba el sistema que vino a derogar la ley 23.984, entre los que señalaba la deficiente regulación de las facultades de la defensa, la falta de contradicción durante el sumario y la concepción de la indagatoria como medio de prueba y no de defensa.[3]

Vaya paradoja, que los "defectos" aludidos muchos años antes de la sanción de la ley 23.984, fueran invocados como argumento para una reforma, por el principal redactor del código procesal penal instrumentado por esa misma ley (que reemplazó al modelo inquisitivo *puro* de la ley 2372); reforma que no obstante, mantuvo incólumes las falencias aludidas. El "código Levene" de naturaleza mixta, se resuelve mediante una instrucción judicial prevalente y escrita, que limita la actividad de las partes y neutraliza con su carácter bicéfalo –juez controlador e investigador- el eventual activismo de la defensa técnica, a punto de constituir esa viejas advertencias ligadas a la debilidad de la defensa y el contradictorio, uno de los tantos fundamentos de sendos proyectos de reforma de la ley

---

[1] LEVENE, Ricardo (h), *Bases para una reforma procesal. El Código de Procedimientos Penal vigente en la Capital Federal y para la Justicia Federal*. , Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 1975, disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art4.pdf

[2] Donde la defensa técnica no se encontraba regulada como tal. Por otra parte, como es sabido, el Código de Procedimientos en Materia Penal previsto en la Ley 2372 tomó como fuente la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1872, que fue dejada sin efecto en ese país en el año 1882 al pasarse a un modelo de juicio penal oral.

[3] LEVENE, Ricardo (h), cit., pág. 610.

23.984, que buscaron impulsar definitivamente el paso hacia un sistema acusatorio de corte adversarial.

Dice una voz popular, que no hay mal que dure cien años, ni cuerpo que lo resista. Debieron sin embargo pasar bastante más de cien años para que en el ámbito de la justicia penal nacional y federal, se establezca un proceso penal de audiencias en todas sus etapas, sobre la base de la potenciación de las atribuciones autónomas de las partes, abandonando ahora sí, los resabios de un juez inquisidor.

Eso, luego de numerosas marchas y contramarchas, constitución de comisiones expertas y equipos de trabajo en ámbitos diversos, recorriendo intensos derroteros de proyectos de reforma del proceso y de la justicia penal en los últimos treinta años de vida institucional. Esa historia que arranca con la recuperación de la democracia en 1983 –y que no podía prescindir, justamente, de reestructurar el modelo de persecución penal en clave de respeto a los derechos humanos- como es sabido, tuvo un hito fundacional con el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación de Julio Maier en 1986 (que a su vez reconoce fuerte andamiaje en el Anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, del que fue uno de sus redactores), que de haber culminado con éxito su peregrinar parlamentario, hubiera evitado no sólo los sucesivos "parches" normativos, sino básicamente, que fuera la jurisprudencia de tribunales diversos –y no el legislador-, la que tiempo después de la sanción de la ley 23.984, haya avanzado en interpretaciones integrativas del texto con fundamentos diversos. Esta "interpretación dinámica expansiva" respecto a institutos o habilitaciones procedimentales diversas, como resulta claro, no constituye el método más aconsejable para la gestión de los sistemas procesales, tanto más si impacta en la necesaria paridad de los contendientes.

Ahora, ese proyecto frustrado en el espacio federal, constituyó una de las principales fuentes en las cuales abrevó en los años siguientes la reforma procesal penal en toda Latinoamérica. Mientras tanto, algo similar ocurría con el movimiento reformista de la justicia penal en la mayoría de las provincias, que se hacía eco del ímpetu de la escuela de derecho procesal penal argentina para quien resultaba insostenible seguir manteniendo en los albores del siglo XXI, un enjuiciamiento inquisitivo reformado, *aggiornado*, o como prefiera denominarse al modelo procesal donde el protagonista estelar del litigio y de la conformación el acervo probatorio es el juez, en detrimento de las facultades de las partes.

Desde el retorno de la democracia en 1983, los procesos de reforma es posible englobarlos en tres momentos principales, de acuerdo al análisis que efectúa Ángela Ledesma. Así, una primera etapa de la reforma, pone su acento en el fortalecimiento de los derechos y garantías procesales y la búsqueda de eficacia, la reasunción de roles de los sujetos procesales y el juicio justo. En una segunda etapa se acentúa la búsqueda de eficacia mediante fórmulas de simplificación de la investigación, abreviación, mayor nivel de detalle sobre el rol de los sujetos procesales y mayor reconocimiento de los derechos de las

víctimas; comenzando a discutir la introducción de criterios de oportunidad, replanteos en la regulación de nulidades y reestructuración de instancias organizativas. Por último, se pone el acento en la oralidad desde el inicio mismo del proceso, se distinguen los trámites de procesos simples y complejos, y se diseñan nuevos modelos de gestión organizativa, profundizándose las reformas introducidas en las anteriores etapas[4]

En 1992 la reforma "Levene", significó un avance con el establecimiento de un juicio oral y público en la etapa del plenario. Ahora, más allá de cómo una reforma procesal se va *moldeando* de acuerdo a lo que los operadores entienden que es posible deducir o hacer surgir de su seno, y más allá del reflejo en la morfología del procedimiento original que pudo haber tenido la incorporación en años posteriores de otros institutos y mecanismos de resolución (vgr. suspensión juicio a prueba, juicio abreviado, posibilidad de delegación de la investigación en el fiscal, oralización del recurso de apelación), y aún, más allá de que, en virtud del control de convencionalidad se deberían homogenizar algunas respuestas judiciales, el código establecido por ley 23.984 mostraba, por todo lo que se viene diciendo, deficiencias demasiado evidentes en su diseño estructural, que hacían imposible repensarlo en clave democrática sobre los principios de oralidad, inmediación, concentración, igualdad de partes, dialéctica de los contrarios y juez imparcial.

Antes que el Poder Ejecutivo Nacional remitiera al Senado de la Nación, el 21 de octubre de 2014, su propuesta de reforma integral del Código Procesal Penal de la Nación para el establecimiento de un sistema de tinte adversarial[5], seguía generándose en las provincias

[4] Cfr. LEDESMA, Angela E., *Proceso de reforma procesal penal y judicial. Momentos y ejes rectores* en García Yomha - Martínez (coordinadores) "El proceso penal adversarial. Lineamientos para la reforma del sistema judicial", tomo II, Rubinzal – Culzoni/INECIP, Buenos Aires, 2009, p. 27 y ss.

[5]En verdad, la categorización dogmática de los códigos tiene mucho de relativa, porque englobarlos en un sistema y no en otro, puede llevar a considerar homogéneas estructuras ordenamientos que no lo son tanto; cuestión sobre la cual, con criterio estricto, alerta Julio Maier en una columna de opinión en el diario Página 12 (*Corsi e ricorsi*, del 24 de octubre de 2014). Ahora, con esos reparos, debe resaltarse la evidente contribución metodológica que representan esas categorizaciones de acuerdo a sus elementos distintos de prevalencia. Así, La primera categorización se relaciona con los *modelos inquisitivos reformados o mixtos* basados en el código de Córdoba del año 1939 elaborado por Alfredo Vélez Mariconde y Sebastián Soler. En esta categoría se pueden incluir los códigos de La Rioja (ley 1574 BO 22/12/1950), Corrientes (ley 2945, BO 19/8/1971), Formosa (ley 696, sancionada el 21/10/1987), el todavía vigente CPPN (ley 23.984, BO 9/9/1991), Tierra del Fuego (ley 168, BO 9/9/1994), Santa Cruz (ley 2424, BO 5/12/1995), San Juan (ley 7398, BO 24/10/2003), San Luis (ley VI-0152-2004 (ley 5724), BO 25/10/2004). También queda incluido el Código de Misiones (ley XIV nº 13. Digesto jurídico 10/10/2013), que coloca la investigación en cabeza del juez de instrucción (arts. 26, 196, 197 y 202) pero a la vez permite la aplicación de criterios de oportunidad (art. 60) o tiene un concepto amplio de víctima (art. 118).En la segunda categorización quedan abarcados aquellos códigos que han sido denominados como *acusatorios de primera generación de reforma*. En estos ordenamientos, siguiendo los lineamientos del proyecto de 1986, se traspasó la investigación de mano de los jueces a los fiscales. Incluso, en un segundo momento, muchos de estos códigos incorporaron criterios de oportunidad. Aquí encontramos, entonces, las normas procesales de las provincias de Córdoba (ley 8123, BO 5/12/1991), Buenos Aires (ley 11.922, BO 23/1/1997), Chaco (ley 4538, BO 4/11/1998), Mendoza (ley 6730, BO 16/11/1999), Catamarca (ley 5097, BO 3/7/2003), Jujuy (ley 5623, BO 5/11/2009), Tucumán (ley 6203, nuevo texto consolidado BO 15/4/2010) y Salta (ley 7690, 16/11/2011).En el tercer grupo de códigos

argentinas una sostenida corriente reformista. Tres proyectos de código procesal penal para el ámbito nacional y federal, que tenían entre sí esquemas similares, habían centralizado la atención y discusión sobre los contenidos a ser considerados[6]; dos de ellos, surgieron a partir de la creación de consensos multisectoriales; y uno de estos dos, incluso, había adquirido estado parlamentario.[7]

Finalmente, mediante la ley 27.063 sancionada el 4 de diciembre de 2014 y promulgada el 9 de diciembre de 2014, se aprobó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, cuya puesta en vigencia se remite a lo establecido por la ley de implementación.

Es que un nuevo código que establece un modelo de enjuiciamiento sobre la base de principios y criterios de actuación tan diversos, provoca la necesidad de un nuevo esquema organizativo de la justicia. En la medianoche del 10 de junio de 2015 se sancionaron la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de la Nación, Ley Orgánica del Ministerio Público

---

procesales se agrupan aquellos que tomaron, en muchos casos textualmente, el modelo de la provincia de Buenos Aires pero que luego, a través de las leyes de organización de la justicia o por Acordadas de los Tribunales Superiores de Justicia se lograron superar las deficiencias de gestión de los casos que presentaban los modelos de primera generación de la reforma e incorporaron la *oralidad a todas las decisiones que se toman en la etapa de investigación*. En este grupo encontramos los ordenamientos de Entre Ríos (ley 9754, BO 9/1/2007), Santa Fe (ley 12.734, BO 31/8/2007) y Santiago del Estero (ley 6941, BO 11/5/2009).Por último, en el cuarto grupo denominado *códigos acusatorios de segunda generación de la reforma o adversariales* se producen básicamente cuatro cambios fundamentales que se refieren al "quehacer" cotidiano de la administración de justicia. Esto se refiere a la necesidad de desterrar el expediente y la desformalizar la investigación, la oralidad como método para la toma de decisiones en todo el proceso penal, la división de tareas administrativas de las jurisdiccionales y un nuevo modelo de organización de los sujetos procesales. En este grupo, se pueden incluir –sin perjuicio de que en algunos casos las prácticas de los operadores puedan haber roto con la lógica del sistema- los códigos de Chubut (ley 5478, BO 5/5/2006 –Digesto Jurídico Ley XV nº 9, BO 1/10/2010-), La Pampa (ley 2287, BO 13/10/2006), Ciudad de Buenos Aires (ley 2303, BO 29/3/2007), Neuquén (ley 2784, BO 13/1/2012), Nación (ley 27.063, BO 4/12/2014) y Río Negro (ley 5020, BO 12/1/15). Sobre estas caracterizaciones, ver por todos, GARCÍA YOMHA, Diego y MARTÍNEZ, Santiago, *La etapa preparatoria en el sistema adversarial. De la instrucción a la investigación penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2014.

[6] Ente los que deben resaltarse el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación elaborado por el INECIP (2985-D-04) y El Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación, de Ley Orgánica del Ministerio Público de la Nación y de Ley de Organización Judicial (2007), redactados por una Comisión constituida en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, con representación multisectorial: Carlos Beraldi, Fernando Díaz Cantón y Marcos Salt (Profesores Universidad de Buenos Aires); Ángela Ledesma y Luis García (jueces), María Fernanda López Puleio y Silvia Martínez (defensoras oficiales); Adrián Marchisio (Procuración General); Jorge di Lello (Fiscal); Ernesto Sánz, Miguel Ángel Pichetto y Vilma Ibarra (Senadores); Rosario Romero, Alberto Juan Beccani y Luis Cigogna (diputados).

[7] (Expte. 4050-D-2010), conocido como "Proyecto Albrieu", por el diputado que encabezó la nómina de firmantes de distintas fuerzas con representación parlamentaria: Oscar Edmundo Nicolás Albrieu, del Frente para la Victoria PJ (Río Negro); Juan Carlos Vega, de la Coalición Cívica (Córdoba); Margarita Rosa Stolbizer del GEN (Buenos Aires); Raúl Enrique Barrandeguy, del Frente para la Victoria PJ (Entre Ríos); Alejandro Luis Rossi, del Frente para la Victoria PJ (Santa Fe) y Oscar Raúl Aguad de la UCR (Córdoba).

de la Defensa de la Nación, la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal y Nacional Penal, la Ley de Implementación del Código Procesal Penal de la Nación.[8]

Esta última ley dispuso la implementación progresiva del código, por lo que comenzará a regir a partir del 1º de marzo de 2016 para la justicia nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mientras que para el ámbito federal, la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, que fue creada por ese código para funcionar en el Congreso Nacional, dispondrá un cronograma para su entrada en vigencia. Esta delegación, sin otra estimación de períodos de vigencia para su puesta en marcha en la justicia federal de la Ciudad de Buenos Aires y el resto del país, no encuentra razón justificante.

Entonces, durante un tiempo demasiado incierto, dos códigos con modelos diametralmente diversos regirán al unísono. Para mejor orden expositivo, me referiré al Código Procesal Penal de la Nación según ley 23.984, con el número de esa ley, o como "código Levene"; y aludiré al nuevo código sancionado en 2014 simplemente como CPPN.

Ahora, e independiente de observaciones sobre algunas regulaciones que pueden hacer mella especialmente en el derecho a la libertad durante el proceso y en el derecho de defensa, lo cierto es que el modelo establecido en el nuevo código procesal penal deja atrás un sistema de enjuiciamiento que resultaba insostenible y hasta oprobioso de cara a nuestra propia constitución y al derecho internacional de derechos humanos.

En ese sentido, si algún consuelo tiene el haber entrado tan rezagados a un sistema de enjuiciamiento de naturaleza acusatorio–adversarial, es justamente la posibilidad de prevenir daños causados por tergiversaciones diversas, entre las que deben incluirse las provocadas por algunos sujetos procesales, que de manera generalmente subrepticia, resisten la convalidación del nuevo procedimiento como un proceso de partes bajo contralor judicial. Y esto vale para la responsabilidad que les cabe no sólo a jueces y fiscales, sino también a defensores[9].

En este caso, un diseño novedoso y diametralmente diverso al de la instrucción judicial para la etapa preparatoria en el nuevo código de procedimientos nacional, hará girar la observación, también hacia la puesta en práctica de esquemas similares en las provincias y el derecho comparado. Entonces, quienes llegaron en los últimos lugares del movimiento reformista aludido, están a tiempo para incorporar aquellas experiencias y prevenciones, y

[8] H. Cámara de Diputados de la Nación, Período Ordinario 133, Sección Especial 3, Reunión Nro. 3.

[9] Incluso, si se observa que, aún en el marco de sistemas de naturaleza adversarial, pueden persistir problemáticas ligadas al rol que debe cumplir cada sujeto procesal, lo que atenta contra el cambio de paradigma propuesto desde las normas procesales, con el riesgo latente de llevar al fracaso su adecuada implementación (ver al respecto causa nº 9378/09, "Arancibia, Jonathan Gastón s/ infr. Art. 189 bis…", del registro de la Sala III de la Cámara de Apelaciones de la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, voto de la Dra. Silvina Manes).

evitar así, prácticas y rutinas que terminan transformándose no sólo en asistemáticas, sino en perversas.

En su mensaje al Congreso de la Nación sometiendo el tratamiento del proyecto del proyecto de reforma integral del Código Procesal Penal de la Nación, el Poder Ejecutivo Nacional justificó su sanción en la necesidad de superar "los modelos de enjuiciamiento inquisitivos heredados de la época de la colonia y en la necesidad de transparentar y democratizar la administración de justicia penal…(instando) el reordenamiento de los roles de los actores del proceso, propio de los sistemas acusatorios, en el que se da un sentido más coherente a las funciones de jueces, fiscales y defensores"[10].

Ese mensaje puso el acento crítico en la etapa preparatoria, por su "formato inquisitivo tradicional, altamente formalizado y escritural… que impide organizar eficientemente estructuras de trabajo y generar políticas de administración de justicia de mayor calidad", promoviéndose criterios de disponibilidad de la acción como oportunidad, conversión de la acción, conciliación y suspensión de juicio a prueba. Es entonces la etapa de investigación preparatoria, a cargo del Ministerio Público Fiscal, la que nuclea las innovaciones más salientes; se estatuye un sistema de averiguaciones preliminares, se desformaliza la tramitación de los legajos y se promueve un proceso por audiencias.

Se cristaliza entonces por primera vez en el ámbito federal, la investigación de los delitos por el organismo encargado de la promoción de la acción penal pública contra los autores o partícipes (CPPN ley 27.063, art. 88). El desafío es relevante, como lo fue su necesidad. También es deseable que se aproveche el impulso para alcanzar una justicia más democrática, y no terminen los fiscales replicando ignominiosos hábitos de la inquisición.

El tantas veces postulado cambio cultural de los operadores de la administración de justicia, encontrará aquí su punto de inflexión, porque ya no será fácil hacerse el distraído sobre el rol funcional que le corresponde a cada uno, ni alegar inconsistencias del modelo procesal que a modo de imponderables, evitaban el impulso para el mejor actuar.

En este esquema deberá potenciarse el protagonismo de la defensa, que en el nuevo diseño procesal también encuentra una renovada conceptualización, básicamente en la etapa preparatoria, donde de ser actor de reparto en el anterior sistema, puede compartir cartel con el Ministerio Público Fiscal.

Ese mayor o menor protagonismo dependerá de factores diversos, entre los que habrá que considerar el "ámbito de comprensión" que los sujetos procesales reconocen a las normas habilitantes, el *cómo* de esa intervención y el nivel de respeto por las garantías procesales; las que se caracterizan, "desde la carga de la prueba al contradictorio, y a los derechos de la defensa, como aquellas que aseguran al máximo grado, a nivel jurisdiccional, la

[10] Cf. Expte. Nº 363/14 Mesa de Entradas del Senado de la Nación.

verificación de la verdad *fáctica*; es decir, que exigen en concreto la verificación de las hipótesis acusatorias de parte del fiscal y permiten su refutación por parte de la defensa"[11]. Y el contenido esencial del derecho de defensa y el contradictorio, reside justamente, en la posibilidad de confrontación y sometimiento a contraprueba de las hipótesis acusatorias.

2. Qué hay de nuevo para la defensa técnica en la etapa preparatoria

El Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional al Senado acompañando su proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, citado más arriba, no contiene mayor nivel de explicitación sobre el nuevo rol de la defensa en el sistema reformado, limitándose a afirmar que se mantiene el tratamiento de los sujetos procesales en línea con todos los modelos acusatorios, y que "El imputado y su defensa mantienen todos los derechos y garantías previstos en el sistema actual" (malo sería si eso no ocurriera, lo que tampoco sería posible, ya que son reglamentarios de los derechos y garantías previstos en normas superiores), y que "para cumplir con el mandato constitucional de afianzar la justicia y asegurar los beneficios de la libertad, es indispensable la existencia de un equilibrio entre acusación y defensa, no sólo desde la óptica de los recursos procesales que el correspondiente Código otorga, sino también desde lo formal, dotando a cada una de estas dependencias..." (se refiere a la defensa pública).

Debe decirse que el texto del Código Procesal Penal sancionado por el Congreso, que en este aspecto no recibió mayores modificaciones durante el trámite parlamentario, es algo más generoso respecto a la defensa técnica que lo que pareciera surgir de las palabras de sus mentores.

La sola circunstancia de que se enuncie expresamente en el artículo 2º del Código Procesal Penal de la Nación ley 27.063 que "*es durante todo el proceso que deben observarse principios como el de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración o inmediación*", o que "*las resoluciones jurisdiccionales que requieran un debate previo o producción de prueba se adopten en audiencia pública con la asistencia ininterrumpida del juez y las partes*", garantizando los principios antes aludidos; que el juez no pueda suplir la actividad de las partes y deba sujetarse a lo que éstas hayan discutido (art. 105 CPPN), o que "*la defensa pueda recolectar por sí, las pruebas que considere necesarias y sólo recurrir al Ministerio Público cuando fuera necesaria su intervención*" (art. 128 inc. b. CPPN), o que les esté vedado a los jueces imponer de oficio medidas cautelares (art. 176 CPPN), que por otra parte deben resolverse en audiencia contradictoria, da suficiente cuenta no sólo del cambio de rutinas de todos los sujetos

[11] FERRAJOLI, Luigi, *Il paradigma garantista. Filosofía e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica Napoli, 2014, pág. 12 y sgtes.

procesales, sino del grado de amplitud que alcanza el abanico que se abre para la defensa en esta etapa.

Un proceso por audiencias significa antes que nada un beneficio para la parte más débil, a quien visibiliza. La toma de decisiones en esta etapa –baste pensar en las audiencias de control de detención o para la imposición de cualquier medida cautelar- no sólo debe estar fundamentada, sino que ahora es pública, su emisor real coincide con la persona que los terceros asumen como quien toma la decisión. Por otra parte, debe haber sido impulsada por un sujeto diverso de quien está llamado a decidir.

Especialmente, el nuevo CPPN, incorpora algunos reaseguros para la efectivización de la garantía de defensa que nunca figuraron en el elenco de las normativas federales, e incluso, algunos otros que tampoco suelen encontrarse en los códigos procesales de cuño acusatorio. Sin embargo, hubiera sido deseable un mayor nivel de resguardo de la defensa técnica en la regulación de ciertos institutos, ya que en demasiadas oportunidades, quienes tienen responsabilidades en la gestión procesal, fijan su atención en la literalidad con la cual está definida la norma adjetiva, y se desentienden del plexo normativo que las integra con normas y principios de naturaleza superior.

2.1 Un defensor "en" la declaración del imputado

Un ejemplo de las "novedades" que trae el código, que es también un ejemplo por contraste de una cláusula bastante vergonzante del código ley 23.984, históricamente aplicada sin sujeción a las previsiones de normas superiores, es la que reconoce entre los derechos del imputado "*a declarar cuantas veces quiera, con la presencia de su defensor, lo que se le hará saber cada vez que manifieste su deseo de hacerlo*" (art. 64 inc. h. CPPN), y específicamente, en el capítulo sobre declaración del imputado: "*Las citaciones al imputado no tendrán por finalidad obtener una declaración sobre el hecho que se le imputa, pero este tendrá la libertad de declarar cuantas veces quiera... la declaración del imputado sólo tendrá valor si la realiza en presencia de su defensor o, en caso de ser escrita, si lleva la firma de éste*…" (art. 69 CPPN)[12].

Recordemos que el código Levene no exigió como requisito para la validez del acto la presencia del defensor en la indagatoria.

Es que dentro de las previsiones de ese código, no resulta admisible tomar una declaración indagatoria sin que antes se encontrare *constituida* la defensa técnica[13]; pero para la

[12] Que admite como fuente el Anteproyecto de 2007 del Ministerio de Justicia (artículo 97).

[13] Artículo 107 código ley 23.984: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 104 y en la primera oportunidad, y en todo caso antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula. Si el imputado no lo hiciera hasta el momento de recibírsele declaración indagatoria, el juez

jurisprudencia nacional y federal, salvo contadas excepciones, la *presencia* del defensor en este acto, fue considerada como eventual[14]. La fórmula utilizada en aquella ley para la redacción de la norma sobre asistencia, constituyó uno de los principales acicates para esa interpretación: "A la declaración del imputado sólo podrán asistir su defensor, y el ministerio fiscal. El imputado será informado de este derecho antes de comenzar con su declaración" (art. 295)[15]. Por cierto, es sabido que no hay que realizar profundos relevamientos para constatar la "sugestiva" cantidad de actas con imputados renunciando a su derecho a la presencia del defensor en ese acto.[16]

El derecho a la información para el ejercicio de un derecho es parte fundamental de su reaseguro. Ello supone la puesta en conocimiento del defensor técnico para cumplimentar su función referida al contralor del acto, el consejo legal y el desarrollo de su estrategia de defensa. Por eso, la exigencia de un plus de perjuicio –vgr. que el imputado hubiera acercado elementos de cargo en su contra- para nulificar la falta de notificación a la defensa, es desconocer que el ámbito de protección de la garantía incluye no sólo lo que está prohibido hacer para no violentarla, sino todas las sugerencias, enunciados, confrontes o acciones positivas que eventualmente podrían haberse realizado a partir del especial vínculo defensa material / técnica que por propia definición es dinámico. Por tanto, exigir "la prueba" de lo que potencialmente podría haber planteado un defensor *ausente* no sólo se asemeja a una *probatio diabolica*, sino que se encuentra prohibido por los límites del secreto profesional.

No deja de ser llamativo, pero sólo un sistema procesal que ofrece reducidas posibilidades para la defensa técnica en esta etapa, pudo sostenerse con esta limitante "fáctica"; ausencia del defensor técnico en una instancia principal como es la declaración (o incluso el silencio) del imputado en sede instructoria; tanto más, cuando al ser concebida antes como medio de

---

designará de oficio al defensor oficial, salvo que autorice al imputado a defenderse personalmente"; y el artículo 197 del mismo código establece la necesidad de garantizar la entrevista previa del defensor con su asistido inmediatamente antes de la indagatoria, bajo pena de nulidad de la misma.

[14] La Casación ha llegado a decir que "Desde el punto de vista formal es manifiesto que nuestra ley no exige que el defensor no esté presente durante la indagatoria ni que se le deba notificar previamente" –CNCP Sala III "Guillén, Alejandro s/ recurso de casación" resuelta el 2 de mayo de 1997-. Ver TEDESCO, Ignacio F., *El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor. Su lucha por la conquista del proceso penal*, en Nueva Doctrina Penal, 1999/A pág. 212.

[15] Por cierto, bastante particular el derrotero del término "podrá" en ese código, interpretado usualmente en su concepción más restrictiva para la negación de derechos al imputado, como el de libertad durante el proceso (vgr. artículo 317 código ley 23.984).

[16] Me ocupé de esta cuestión en LÓPEZ PULEIO, *María Fernanda, El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos,* publicado en Revista das Defensorias Públicas do Mercosul, Número 3, junio 2013; versión ampliada de la publicada en AAVV La aplicación de tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2004), compilada por ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, CELS – Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007. La versión ampliada se encuentra disponible en http://www.defensapublica.gob.ve/images/PDF/2013/revista_redpo_2013_digital.pdf

prueba que de defensa, habilita al Presidente del debate a su lectura, si el imputado se negare a declarar o incurriere en contradicciones.[17]

Poco importaba para esa situación, tal como se transcribe en el segundo párrafo de este trabajo, que el principal redactor de la ley 23.984 haya remarcado entre los fundamentos para promover la reforma del inquisitivo de la ley 2372, que uno de los defectos más importantes que justificaba su necesidad, era la consideración de la declaración del imputado como medio de prueba antes que de defensa. Y de esa "preocupación", pasaron más de 40 años.

Lo anterior es además un claro ejemplo de la distancia tantas veces existente entre el reconocimiento de un derecho, y el establecimiento de su garantía o técnica de protección específico en vista a su efectivización.

Todo ello, además, sin sujeción al derecho internacional de derechos humanos; por caso, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el acceso a un defensor técnico debe operar "sobre todo, en la diligencia en la que se recibe su declaración (porque si no) ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo"[18].

2.2 La cuestión del comienzo del momento de intervención del defensor técnico en el proceso penal adversarial

En un trabajo publicado hace algunos años, me ocupé de la cuestión ligada al señalamiento del momento a partir del cual *nace* el derecho del imputado a defenderse, y por consiguiente, el ejercicio y amparo de su garantía; el instante mismo a partir del cual puede contar con un abogado para que lo asista.[19]

Allí realizaba un recorrido por disposiciones internacionales de fuente diversa, que a modo de plexo normativo, debían integrarse a las disposiciones de derecho doméstico, ya que la correcta interpretación del contenido fundamental de los derechos y garantías constitucionales, no podría quedar sujeto a recurrentes restricciones impuestas por la interpretación que los jueces efectuaban de las normas inferiores.

El momento a partir de cuándo nace el derecho a la defensa técnica, dependerá de cómo el imputado se ha visto sujetado al proceso. Básicamente, si está detenido o no. Pero en pocos

[17] Artículo 378 código ley 23.984.
[18] Corte IDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C Nº 206 párr. 621.
[19] Ver López Puleio, María Fernanda, *El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos*, cit. pág. 21 y sgtes.

ámbitos como en este, se hace uso de tantas galimatías para negar la protección de la garantía. Tradicionalmente este es un punto crítico, aún en la regulación de los códigos más modernos, del distanciamiento entre los principios enunciados y lo efectivamente regulado; o parafraseando a Foucault, entre las palabras y las cosas.

Volviendo a ese trabajo, me interesaba analizar especialmente la efectividad de acceso al defensor en casos de detenciones; los reaseguros sobre lectura de derechos y protección contra la no autoincriminación, las manifestaciones "espontáneas" y los "descubrimientos inevitables", las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita; y en todo esto, qué lugar ocupaba para el resultado del proceso, la circunstancia evidente que no se garantizaba la presencia de un defensor desde el instante mismo de la detención. Ello, contra todo un arsenal de previsiones normativas para asegurar su provisión inmediata[20].

En el código Levene, los derechos que la ley le otorga al imputado, puede hacerlos valer a partir de la detención o al ser indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho punible (conf. art.72), mientras se suponía que el art. 197 reforzaba la previsión de la garantía al disponer que "En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, antes de la indagatoria el juez invitará al imputado a elegir defensor".

Lo cierto es que puesto en entredicho la validez de un procedimiento de interrogatorio policial con un detenido esposado y tirado boca abajo en un procedimiento por drogas, a quien no se le habían leído derechos, y a resultas de lo cual va indicando a las fuerzas de seguridad los lugares donde guarda las sustancias estupefacientes. Planteada la nulidad, entre otras cuestiones, por falta de advertencia al imputado de sus derechos para que estuviera en condiciones de ejercerlo –entre ellos tener acceso a un defensor antes de una declaración, que además le estaba vedada a la fuerza de seguridad-, la Casación, sin ponerse colorada, sostuvo la validez del procedimiento prohibido, argumentando que si bien el imputado tenía *derecho* a un defensor desde ese primer momento, esa disposición según el código procesal se tornaba *obligatoria* sólo previo a la declaración del juez.[21] Lo que la Casación no pudo explicar es cómo podría el código adjetivo *regular* la presencia del asistente técnico en un interrogatorio policial que está prohibido (¡!) y en todo caso, cómo

[20] Más allá de las normas de protección del derecho a un abogado establecidas en la CADH y en el PIDCP, variadas son las disposiciones de derecho internacional que garantizan el acceso a un defensor en estos casos. Ellas se encuentran básicamente en el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión;* en las *Reglas mínimas para reclusos*, en los *Principios básicos sobre la función de los abogados*, en las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condición de Vulnerabilidad* y en los *Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia judicial en los sistemas de justicia penal*, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad de las América*s, entre otros.

[21] CNCP, Sala I, "Flores, Roberto Alfonso s/recurso de casación", causa 5743, resuelta el 23 de diciembre de 2004.

puede reconocerse un derecho subjetivo sin el consiguiente deber del Estado de respetarlo y garantizarlo.

Ese ejemplo da cuenta de uno de los puntos de quiebre de muchos ordenamientos procedimentales, cual es la reiteración de principios de garantía genéricos, sin atención a disposiciones concretas para su resguardo efectivo.

¿Hay alguna duda que esos momentos suelen ser los de mayor desguarnecimiento para el imputado en todo el proceso? Entonces, ¿qué medidas de protección concreta se establecieron para la intervención/asistencia inmediata de un abogado en la detención?

El nuevo código trae una importante novedad en este sentido. Al señalarse en el artículo 64 los derechos del imputado, se explicita que se le asegurarán las garantías necesarias para su defensa, por lo que las autoridades intervinientes le deben informar su derecho "*a ser asistido desde el primer acto del procedimiento por el defensor de su elección o por uno propuesto por una persona de su confianza, o en su defecto, por un defensor público*" (inc. d.). Ello se complementa con la desformalización en la proposición y designación del letrado elegido, circunstancia que, en tanto obligación para el juez, el Ministerio Público Fiscal y las fuerzas de seguridad, augura una inmediata intervención de la defensa para el ejercicio de sus funciones (conf. art. 75).

Vale recordar que en el código ley 23.984, la conjunción de los artículos 104, 107 y 197 dispuso que el juez debe integrar oficiosamente la defensa, proveyendo un defensor público, si el imputado no hizo uso de su derecho a nombrar uno de su elección hasta el momento inmediatamente antes de su declaración indagatoria. Ergo, el derecho al defensor técnico no estaba asegurado desde la detención, y por más que esa declaración debería producirse dentro de 48 hs. máximo, la jurisprudencia no se ha mostrado muy preocupada para considerar que ese plazo de detención sin control, no debía considerarse como meramente ordenatorio.

El nuevo sistema previsto se hace cargo del problema y pone en práctica una nueva figura; la de un *defensor garante* en la detención. Se invierte entonces la integración oficiosa de la defensa técnica: opera automáticamente hasta que el imputado nombre un defensor de su elección. Ahora, que pueda permanecer hasta 72 hs. en esa situación de detención para prestar su declaración (conf. arts. 64 inc. f. y 182 CPPN), no encuentra justificativo; máxime, cuando se ha garantizado el derecho convencional "de ser conducido ante un juez, sin demora" (conf. art. 64 inc. a.).

El instituto del defensor garante encontraba previsión en el Anteproyecto de 2007 de la Comisión del Ministerio de Justicia[22], y en el Proyecto de Albrieu de 2010, que siguió al anterior en las mayorías de previsiones de garantía a la defensa técnica. Es que ha sido usual –y el código "Levene" no fue la excepción- que las regulaciones específicas sobre acceso a un defensor penal, más allá de no establecer los resguardos de garantía, tampoco atendieron a una circunstancia fundamental, consistente en que en más del ochenta por ciento de casos sobre el total gestionado en la justicia penal nacional y federal, los imputados no designan abogados particulares. Y que a medida que el procedimiento avanza, proporcionalmente suben los baremos de representación de defensores públicos[23].

Lo anterior exigía entonces, realizar los "ajustes" en las pertinentes regulaciones del código adjetivo, previendo además que cuando se regulan los deberes y garantías de y a la defensa técnica, el legislador debe considerar que será un defensor público a quien le toque actuar, y entonces, también debe preverse en la pertinente ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa, la atención y resolución de esas circunstancias.

Ahora bien, mayor complejidad presenta la situación del derecho a la defensa técnica cuando el imputado, individualizado, no está detenido y todavía no se ha formalizado la investigación preparatoria (arts. 221 y sgtes. CPPN). ¿Cuándo nace en concreto el derecho de defensa y por consiguiente, el derecho a la defensa técnica cuando la persona no está detenida?

Aquí es donde se presenta una de esas situaciones donde los legisladores locales parecen ir a contramano (o por lo menos zigzagueando) respecto a la dirección del derecho internacional de derechos humanos y de las declaraciones principistas contenidas en los propios ordenamientos internos.

Por caso, para la Corte IDH desde el caso *López Álvarez vs. Honduras*[24], el derecho a la defensa –y el consiguiente derecho a un abogado- es exigible desde el inicio de las investigaciones respecto a quien se atribuye una posible participación en un hecho delictivo. En *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte IDH refrendó el criterio: "Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (…) el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento…"[25].

---

[22] Artículo 92 inc. 4.

[23] Pueden verse a esos efectos, las estadísticas contenidas en los correspondientes *Informes Anuales* que todos los años, al inicio de las sesiones ordinarias, la Defensoría General de la Nación remite al Congreso Nacional.

[24] Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia del 1 de febrero de 2006, Serie C Nº 141, párr. 129

[25] Corte IDH, Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*, cit., párrs. 29, 62 y 64: "(…) el señor Barreto Leiva tenía, conforme a la Convención Americana, el derecho de ser asistido por su abogado defensor y no por el Ministerio Público, cuando rindió las dos declaraciones preprocesales", y "(…) el derecho de defensa debe

En palabras de Julio Maier, ello es así porque "todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en que una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes para la persecución penal, pues desde ese momento peligra su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal estatal; puede, entonces desde ese momento, ejercer todas las facultades tendientes a posibilitar la resistencia a ese poder penal"[26].

El artículo 220 del CPPN regula la investigación previa a la formalización, donde el Ministerio Público Fiscal podrá realizar las medidas probatorias con miras a satisfacer los requisitos de la formalización de la investigación: "*Cuando el posible autor estuviere individualizado, el representante del Ministerio Público deberá comunicarle la existencia de la investigación haciéndole saber los derechos que este Código le otorga, entre ellos el de designar abogado particular, o en su defecto, un Defensor Público a los fines del control previsto en el artículo 223*" (art. 220 CPPN párr. segundo).

El artículo 223 es el que prevé un control judicial anterior a la formalización de la investigación preparatoria, posibilitando que el imputado pueda solicitar al fiscal información sobre los hechos que constituyen el objeto de la investigación, las diligencias practicadas y pendientes. Si el fiscal se opone, existe la alternativa de recurrir al juez que resolverá en audiencia, luego de oír a las partes por separado. El juez entonces "*podrá establecer el plazo en el que el representante del Ministerio Público debe formalizar la investigación*" (art. 223 CPPN, último párrafo). Debe tenerse en cuenta que el artículo 197 CPPN establece que "*la defensa deberá acceder a toda la información que se haya recolectado en el legajo de investigación, luego de su formalización*".

Resulta clara cuál es la idea de esa previsión: que las facultades razonables que tiene que tener un fiscal previo a la toma de decisión sobre la formalización (donde comunica en audiencia al imputado el hecho, su calificación, su grado de participación y la prueba con que se cuenta), no generen un desbalance y desventaja en las posibilidades reales de defensa, sino que se esas diligencias previas se encuentren encaminadas a decidir si se encuentran cumplimentadas las exigencias para la formalización.

Por otra parte, debe tenerse presente que la formalización de la investigación preparatoria es relevante también, porque sólo a partir de ese momento comienza a correr el plazo de duración del proceso (conf. art. 221 CPPN), un aspecto donde el nuevo código muestra demasiada laxitud.

---

necesariamente poder ejercerse dese que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena"

[26] MAIER, Julio B. J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, pág. 548.

El artículo 220 CPPN dispone que en el caso de que el posible autor estuviere individualizado, el plazo para la formalización de la investigación no podrá exceder de noventa días, prorrogables por el mismo término ante el juez de garantías en audiencia unilateral (párrafo tercero). Además, el fiscal "*podrá solicitar al juez de garantías en audiencia unilateral continuar la investigación previa a la formalización, sin comunicación al afectado, cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de las diligencias probatorias pendientes permitieren presumir que la falta de comunicación resulta indispensable para su éxito*" (art. 220 CPPN, último párrafo).

El CPPN, siguiendo el ejemplo del Anteproyecto de la Comisión del Ministerio de Justicia de 2007 y el Proyecto Albrieu de 2010, consagra la concreción del derecho a ser informado de una investigación penal; circunstancia de relieve para el ejercicio del derecho de defensa que usualmente se proclama pero no se tutela, ya que una previsión como la comentada, constituye, por su omisión, un clásico aspecto negativo en los ordenamientos comparados.

Piénsese incluso la situación de vulnerabilidad en la cual podría dejarse al imputado cuando, luego de un plazo extenso para la realización de esa investigación fiscal preliminar, las normas además autoricen que de manera coetánea a la solicitud de formalización, el fiscal pueda solicitar la realización de un juicio directo o inmediato, cuando ya tiene la prueba suficientemente preconstituida, y la defensa mínimas posibilidades fácticas de contrarrestarla[27].

Ahora, las "excepciones" autorizadas por el legislador nacional al deber de informar a una persona que está siendo investigada y que a partir de ese momento tiene los derechos que el código le otorga, incluido a la defensa técnica (privada o pública) no guardan relación lógica entre sí. Una cosa es que deba resguardarse la inminente realización de un allanamiento, y otra, que en atención a la "gravedad" de los hechos (sin otro aditamento de cómo conceptualizar el término), a partir de un pedido al juez, el fiscal se encuentre autorizado por ciento ochenta días a practicar diligencias sin conocimiento y sin control de la contraparte.

No ayuda mucho el mensaje del Poder Ejecutivo Nacional acompañando el texto del código proyectado, que no realiza alusión alguna a la excepción: "En sintonía con los sistemas procesales modernos, el proyecto prevé un mecanismo de averiguaciones preliminares previas, que permite depurar el proceso de recolección de elementos de prueba y optimizar

[27] El CPPN prevé en su artículo 292, que las partes podrán en la audiencia de formalización de la investigación preparatoria, acordar la realización directa del juicio. La solicitud incluye el ofrecimiento de prueba de las partes. El último párrafo del artículo 292 señala a su vez una excepción: El juicio directo es obligatorio en los supuestos de flagrancia cuya pena mínima no supere los tres años de prisión, salvo que el fiscal o la defensa pidieran fundadamente el empleo del procedimiento ordinario, en razón de la complejidad de la investigación.

sensiblemente la persecución de los delitos". Pero una cosa es ver con cuáles elementos de prueba de cargo se cuenta para imputar una participación a determinada persona en un hecho delictivo, y otra, realizar una investigación privada por fuera del control constitucional que corresponde a la defensa. Por eso, en tanto los jueces de garantía no se pongan firmes para la protección –justamente- de la garantía, ni los fiscales asuman también el compromiso que significa esta prerrogativa, la excepción podría encontrar un terreno demasiado fértil para desarrollarse y la violación del derecho de defensa estar a la orden del día.

Si esto fuera así, cabría preguntarse qué contenido le dejaron los operadores del sistema penal al ámbito de comprensión del derecho de defensa; o en otras palabras ¿cómo podrían seguir afirmando, sin ruborizarse, que por imperio constitucional, la defensa nace desde el primer momento en que una persona es sindicada como autora de un delito?

Por cierto, ello llevaría a otra paradoja: con los nuevos reaseguros previstos para la defensa técnica para los detenidos, ahora los "desguarnecidos" pasarían a ser los investigados en virtud de un indefinido, coyuntural, discrecional y por lo tanto "grave", criterio de gravedad.

2.3 Atribuciones del defensor técnico respecto a la prueba. El defensor investigador

Conforme se vio, el artículo 128 CPPN indica que la recolección de la prueba estará a cargo del representante del Ministerio Público Fiscal –requiriendo orden judicial previa en los casos que el código establece-, quien actuará con objetividad y buena fe; y que "*las demás partes podrán recolectar por si 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 se lo ordene… La defensa tendrá su propio legajo de prueba"* (art. 128 inc. b.)

La cuestión sobre los mayores o menores poderes de la defensa técnica en relación con la prueba en la investigación penal preparatoria, es quizá uno de los aspectos más distintivos y relevantes para otorgar carácter particular a su actuación en un modelo de proceso penal de corte adversarial.

Lamentablemente, también suele constituir otra muestra de cómo los enunciados principistas de los códigos modernos, ligados a igualdad de partes y contradicción durante *todo* el proceso, no siempre van acompañados de una previsión específica para llevarlos a cabo, o todavía más, cuando esas previsiones sí están contenidas, se despliegan groseras acciones por parte de fiscales y jueces, para negar en la práctica judicial, lo que el

legislador soberanamente estatuyó. Es aquí donde la "cultura inquisitorial" juega el juego que más le gusta[28].

Veamos un ejemplo. Para el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), existe un código procesal penal caracterizado como de tinte adversarial[29]. En virtud de un proceso donde el fiscal requiere la elevación a juicio por exhibiciones obscenas, acompañando como prueba que el testigo "A", vio al imputado exhibirse totalmente desnudo en la puerta de su domicilio frente al testigo "A" y otra persona, la defensa oficial presenta ante el juez una declaración rendida en la sede de su defensoría por el testigo "A", donde refiere que en verdad no había podido ver al imputado totalmente desnudo, sino sólo el torso y la pierna. La defensa plantea entonces una excepción de falta de acción por inexistencia del hecho. Apelado el rechazo del juez, la Cámara Penal Contravencional de la CABA, decide adentrarse –sin que el fiscal haya discutido la validez de esos testimonios en sede de la defensoría- a realizar "algunas consideraciones respecto al acta que da cuenta de la declaración… ante el Prosecretario Coadyuvante de dicha dependencia… (y que) de las disposiciones establecidas en el Código Procesal Penal de la Ciudad no surge que se encuentre entre las facultades defensistas la posibilidad de citar testigos y tomarles declaración bajo juramento en sede de la defensoría, y menos aún aportar como prueba el acta que da cuenta de sus dichos" por lo que finalmente declaran de oficio la nulidad de esa declaración.[30]

Los artículos 96 y 97 del CPP CABA disponen que en la etapa de investigación, debe solicitarse al titular de la acción la producción de la prueba; entonces, los jueces concluyen que de eso, "resulta una facultad exclusiva del titular de la acción tomar declaración a los

[28] Resuena así la admonición tantas veces citada de Luigi Ferrajoli: "Esta concepción del proceso como contienda...expresa los valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica...de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado"."Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria...la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio", en FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*. *Teoria del garantismo penale*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1989, págs. 629 y 630.

[29] Establecido por ley 2303, y publicado en el BOCBA el 8 de mayo de 2007. Ver nota 5 de este trabajo.

[30] CPContrav. y Faltas CABA, Sala I, 17-12-210, autos "García, José Rogelio s/infr. art. 149 bis del CP. Apelación", c. 6300-00-CC/2010 (voto de Marcelo P. Vázquez, José Sáez Capel y Elizabeth Marum), que igualmente declaran la nulidad del requerimiento de juicio, entre otras cuestiones porque los dichos de testigos se basaron en constancias telefónicas, y si se consideraban relevantes a la investigación, "deberían ser citados o entrevistados personalmente para que cobre valor". Ese fallo fue comentado en LAROCCA, Patricia Ana, *La actividad probatoria de la defensa durante la investigación preparatoria y su legajo de investigación*, publicado en Revista de Derecho Procesal Penal, Director Edgardo Alberto Donna y Vicedirectora Ángela E. Ledesma, La investigación penal preparatoria – I, 2011, pág. 497 y sgtes.

testigos y producir prueba durante la investigación preparatoria". El aditivo de "exclusiva" no surge del código sino de la resolución judicial.[31]

Urge realizar distingos, porque si los jueces de la resolución que estamos criticando estuvieran en lo cierto, resulta que en los procesos adversariales la defensa pasaría a tener menos facultades que en los de tipo mixto o incluso inquisitivo.

¿Cuál es la prueba que hay que solicitar al fiscal para su producción en esta etapa? ¿cuál sería el contenido de las atribuciones autónomas de la defensa respecto a la misma? ¿cuándo es necesario confrontar en contradictorio durante la investigación preparatoria?

Volvamos al CPPN. Allí también se establece, según el artículo que da inicio a este desarrollo, que la recolección de la prueba en esta etapa estará a cargo del fiscal, lo que es consecuente con la idea y finalidad de este momento procesal. Mejorando las previsiones de algunos códigos procesales argentinos recientes que le sirvieron de fuente (cómo el propio código de CABA y el de Chubut), el CPPN avanza sobre el reconocimiento expreso de las atribuciones de las otras partes en relación con la recolección de pruebas en esta etapa; que huelga aclararlo, aunque no estuviere escrito no podría negarse porque surge, por ejemplo, del artículo 14.3 del PIDCP al preceptuar el derecho al tiempo y modo adecuados para la preparación de la defensa, confrontar la prueba de cargo y ofrecer la de descargo y obtener la comparecencia de testigos.[32]

De igual forma, deben realizarse algunas precisiones respecto a los significados. "Prueba" en sentido estricto, sólo es la que se produce en el juicio –o en los anticipos de prueba autorizados para la etapa investigativa-, y frente a todos los sujetos procesales-. El CPPN señala en el artículo 198 que las actuaciones de la investigación preparatoria no tendrán valor para fundar la condena del acusado –por eso es mejor hablar de medios de investigación o evidencia en este período-. No obstante aquéllas podrán invocarse en relación con las medidas cautelares, planteo de excepciones o para instar el sobreseimiento

[31] Cfr. su crítica en LAROCCA, Patricia Ana, cit, y otras resoluciones de la misma Cámara que contrarían lo resuelto por la Sala I; ver el fallo "Carica, Héctor s/ infr. art. 78 del CC", Sala III CPContrav. y Faltas de la CABA

[32] Art. 8.2. f) CADH; Art. 14.3 incs. b) y e) PIDCP. No por ello se dejan de advertir dificultades en el marco de la investigación autónoma de la defensa, en muchos casos ligadas a posturas adoptadas por los otros sujetos procesales, más que a las propias previsiones normativas (con relación a la experiencia en el sistema procesal chileno, ver: Romero Muza, Rubén, "Facultades y dificultades de la investigación privada de la defensa en el proceso penal chileno", en Revista de Derecho procesal Penal. La investigación penal preparatoria. Funciones de la Policía, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, págs. 125/160). Sin dudas, a partir de la sanción en Italia de la Legge 7 dicembre 2000 n. 397, que estableció con nivel de detalle los deberes y atribuciones de la investigación de la defensa –lo que implicó incluso modificaciones al código penal- se generó una muy interesante jurisprudencia sobre los ámbitos de actuación y las medidas dispuestas respecto a cada uno de los sujetos procesales, para llevarlas a cabo. Ver especialmente AAVV, *Le indagini difensive*, iPSOA Editore, Milan, 2001 y FILIPPI, Leonardo (coordinador) *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore. Investigazioni private. Difesa d'ufficio – Patrocini per i non abbienti*, CEDAM Padua, 2001.

(conf. art. 198 CPPN), por lo que es importante tener presente que "*Las resoluciones jurisdiccionales que requieran un debate previo o la producción de prueba se adoptarán en audiencia pública con la asistencia ininterrumpida del juez y las partes, garantizando el principio de oralidad, contradicción, publicidad, inmediación y simplicidad*" (art. 105 CPPN).

Cuando en el artículo 128 CPPN se establecen las reglas sobre la prueba y se dispone que más allá de que las partes tienen facultades para recolectarla, deberán recurrir al fiscal cuando fuese necesaria su intervención (inciso b), ello debe interpretarse de consuno con el inciso a) que señala que la recolección de los elementos de prueba estará a cargo del fiscal, quien "deberá requerir orden judicial previa en los casos en que este Código así lo establece" (vgr. allanamientos). Ergo, en principio las partes recolectan sus propios elementos, debiendo recurrir al fiscal cuando lo consideren necesario de acuerdo al acto que se trate –para que éste de impulso a determinada medida o deba intervenir para solicitar la pertinente orden judicial, pero "*en caso de negativa injustificada podrán recurrir al órgano jurisdiccional competente para que se lo ordene*", y por otra parte "la *defensa tendrá su propio legajo de prueba*" (inciso a.).

En tal contexto deberán entenderse las disposiciones previstas en el art. 227 CPPN, el cual faculta a las partes para proponer al Ministerio Público Fiscal diligencias "*en cualquier momento de la investigación preparatoria cuando se tratare de medidas cuya realización puede verse frustrada de no ser practicadas en esa oportunidad o dependiera de ellas la resolución de una medida cautelar*", todo lo cual debe ser interpretado de manera sistemática, de manera de no vaciar de contenido general del derecho de defensa

Respecto a las facultades probatorias autónomas de la defensa, la literalidad de la norma procesal federal y nacional permitirá evitar muchos debates generados respecto a otros ordenamientos procesales que no contienen una cláusula similar. En este sentido, la resolución de la Cámara Penal Contravencional aquí citada, hizo expresa una opinión que normalmente no se visibiliza en este tipo de situaciones, pero que se encuentra latente, y es la referida a que la entrevista que pudiera mantener la defensa con un testigo de cargo "podría dar lugar no sólo a prácticas abusivas sino a que en algunos casos se pueda influir en su declaración desvirtuando de esta forma el proceso como se encuentra diseñado".

Francamente, estas prevenciones, con toda la razonabilidad que puedan tener, no pueden significar sacrificar el contenido básico del derecho de la defensa para terminar fulminando su participación en paridad de condiciones en el proceso penal. Entre un extremo y otro hay muchos ejemplos que exhibe el derecho comparado y aún nacional, sobre regulaciones deontológicas de la profesión de abogado, sobre normativas internas de organizaciones de defensorías públicas, sobre disposiciones de actuación ante los tribunales y sobre práctica judicial del día a día, que hacen ver que en tanto se asegure la protección del principio de

buena fe procesal, a los sujetos procesales no puede impedírsele –so pretexto de temores genéricos, ni siquiera generalizados- el ejercicio de los derechos reconocidos.[33]

2.4 Las implicancias de la nueva Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa

Como no podía ser de otra forma, el Código Procesal Penal de la Nación establecido por Ley Nro. 27.063, exigió un paquete de modificaciones en las normativas orgánicas del Poder Judicial y los Ministerios Públicos para adaptarlos a la gestión eficaz de un sistema adversarial.

La circunstancia apuntada del enorme nivel de representación porcentual de la Defensoría Pública Argentina en el espacio federal y de la justicia nacional de la Ciudad de Buenos Aires, pone el acento en la importancia de su estructuración, para ver de qué manera sus disposiciones organizativas y de cobertura del servicio, hacen frente al nuevo modelo procesal penal instaurado.

Como suelo decir, esta situación, que no por efectista deja de ser real, se reitera, con matices, en prácticamente toda Latinoamérica, y exige una mirada y un abordaje de las problemáticas de cobertura diversos a los tradicionales. Por eso es necesario dejar a un lado modelos de gestión institucional de la defensa pública y aún modelos de gestión procesal penal (básicamente en la regulación de actuación de los sujetos procesales) pensados para otra realidad, ignorando que cuando hablamos en nuestros ámbitos de la intervención de un *defensor* según la dialéctica procesal de los contrarios -que constituye la matriz del proceso penal-, debe pensarse prioritariamente en cómo facilitar el acceso a un *defensor público*, porque la porción de casos de intervención de un defensor privado, escasamente supera en el 20% de los casos totales que tramita la justicia penal.

---

[33] Italia ha sido quizá, el país que más ha avanzado en la regulación estricta, procesal, penal y a nivel estatutario de la profesión de abogados, a partir de la citada Ley *7 dicembre 2000 Nº 397* que especificó el ámbito de la "attività investigativa del difensore", reconocida para el ejercicio del derecho de defensa, en cada estado y grado del procedimiento, incluida la ejecución penal y la revisión. Por caso, respecto a las personas ya interrogadas por el defensor, le está vedado al Ministerio Público Fiscal indagar sobre las preguntas formuladas y las respuestas dadas. Además el defensor tiene la facultad de examinar las cosas y objetos secuestrados, en el lugar en el cual se encuentran, y si se trata de documentos, de realizar copias. Por otra parte, si es necesario acceder a lugares privados o no abiertos al público, y no hay consenso para ello, el defensor lo solicita al juez para que con un decreto extienda la orden. Cuando se trate de actos definitivos e irreproducibles, existe una regulación diversa que exige un plazo previo para el aviso al fiscal, entre tantas otras regulaciones previstas en esa ley. Por otra parte, el 19 de abril de 2001, la deliberación de la *Giunta dell'Unione della Camere Penali Italiane*, estableció además las reglas profesionales de actuación de los abogados durante las investigaciones defensivas; los deberes del defensor en su relación con sus representados, la conservación de la documentación adquirida y las exigencias respecto a la autenticidad de la investigación; así como el deber de asegurar el contradictorio en los actos definitivos e irreproducibles, con la presencia del fiscal y el juez. Existe también una larga tradición de previsiones de la *American Bar Association* sobre la metodología utilizada por parte de los abogados defensores durante su actividad investigativa, sobre todo respecto a la realización de interrogatorios a los testigos de cargo.

La situación que merecía especial atención para la reforma –y que en gran medida se ha visto contenida en el nuevo CPPN y en la reciente Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa-[34] , se relaciona con el diseño de mecanismos específicos de protección contra la indefensión; con la necesidad de establecer reaseguros ligados a la defensa técnica ante arrestos policiales sin orden judicial; con la respuesta judicial ante presentaciones *in forma pauperis* de los imputados; con la falta de contemplación de situaciones de violencia moral de los defensores públicos para tomar intervención en determinados casos; con la necesidad de establecer la continuidad en la gestión del caso por parte de los mismos defensores públicos, evitando eventuales quiebres de la relación de confianza entre el imputado y la defensa pública; con las limitaciones existentes en los ordenamientos para la intervención conjunta de abogados de práctica libre; con la nula atención a las problemáticas típicas de la defensa técnica en general y de la defensa pública en particular en sede de ejecución; con la falta de regulación procesal de la naturaleza compleja de ciertas defensas que exigen plazos diferenciados para el ofrecimiento de la prueba y en materia recursiva; con la necesidad de sustitución de defensores ante casos de renuncia-abandono de los abogados privados y con las oportunidades procesales donde éstas se producen, para prever que el defensor que deba intervenir pueda ofrecer una defensa técnica eficiente; pues de lo contrario, no sólo se violenta el derecho del abogado defensor para estudiar el caso, sino fundamentalmente el derecho de defensa del imputado, sujeto principal de la protección de la garantía.[35]

Respecto la estructuración de la defensa pública, la primera circunstancia relevante para adaptar, era justamente su rígido diseño institucional. Más allá de que la defensoría federal argentina, con más de un siglo de historia, nació al abrigo del Poder Judicial, en 1994 la Constitución Nacional estatuyó como un órgano *extrapoder*, con autonomía funcional y autarquía financiera, al Ministerio Público de la Nación, con dos superiores jerárquicos: el Procurador General y el Defensor General (art. 120 CN). Cuatro años después, la Ley Orgánica Nro. 24.946 le dio contenido reglamentario, regulando por un lado el Ministerio Público Fiscal y por otro el Ministerio Público de la Defensa. Esta ley tuvo importantes aciertos pero reprodujo el modelo reflejo apuntado y otras rutinas judicialistas; y sobre la base de una parte general unívoca para ambos Ministerios Públicos, dejó subsumidos a los defensores en algunas disposiciones genéricas pensadas antes para fiscales y jueces, que para quien representa a un imputado (vgr. sistema de excusaciones y recusaciones).

Lo anterior se manifestaba también en la organización rígida para la prestación del servicio. Baste pensar que las defensorías públicas actuantes en esta jurisdicción, funcionan desde siempre con un diseño "reflejo" al de juzgados y fiscalías (vgr. defensor de instrucción con actuación ante el juzgado; defensor de juicio ante el tribunal oral), lo que más allá de

[34] Que a la fecha de elaboración de este trabajo se encuentra recién sancionada, aguardándose su promulgación.

[35] Estas fueron algunas de las materias propuestas por las defensoras públicas en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Nación de 2007, elaborado por la Comisión que funcionó en el Ministerio de Justicia.

disposiciones internas que pudieran dictarse en la Defensoría General para la reducción de compartimentos estancos, siempre se chocaba contra un muro infranqueable cuando, elevada la causa a juicio y sorteándose el tribunal actuante para intervenir, el defensor "que seguía" en el *iter defensista*, sólo en ese momento tomaba conocimiento del caso; con lo cual, más allá de minar la confianza del imputado que reconocía a otra persona como su defensor, afectaba una estrategia temprana en la teoría del caso.

Por otra parte, la existencia de una norma loable de garantía funcional –jueces, fiscales y defensores deben percibir la misma remuneración de acuerdo a la instancia en la que se desempeñaban-; pero quienes actuaban en instrucción y quienes lo hacían en juicio tenían una diferencia en la percepción remunerativa de una tercera parte, lo que limitaba el establecimiento de una defensa de instancia única, al resultar evidente que dos defensores desempeñando la misma función, no podían percibir remuneraciones bien distintas.

Pero además un modelo de legislación orgánica establecido de esa manera, que intentaba regular en una parte general disposiciones funcionales para dos sujetos antitéticos, no podía seguir sosteniéndose. Hacía falta otorgar flexibilidad a la organización, abrir el abanico de posibilidades de actuación de defensores coadyuvantes de acuerdo a necesidades operativas de la defensa pública y no de otro organismo (que en la Ley Nro. 24.946 fueron sometidos a un "munus honorificum" que desencadenó en la dificultad para dar cobertura en casos urgentes, sobre todo en el interior del país, donde en algunos sitios no resulta fácil encontrar abogados que, además de trabajar gratis, acepten dejar de atender sus profesión de abogados privados, a cambio de largas jornadas de las cada vez más crecientes megacausas).

Pero además, la defensa pública en tanto "garantía orgánica", como estructura encargada de asegurar la debida prestación del servicio, debe también diseñar y ejecutar *políticas específicas* de acceso a la justicia, entendida en este ámbito, como la operativización de los derechos y garantías del imputado. Es que para la protección de los sectores vulnerables, la asignación de un abogado público coadyuva sólo con un aspecto del cúmulo de cuestiones y necesidades que inciden e incidirán durante el tiempo que permanezca sometido al poder penal estatal; y los servicios públicos que organizan y gestionan la defensa pública, deben entonces instar acciones positivas que complementen la cobertura de necesidades de los asistidos por la defensa pública. Así, por ejemplo, más allá de la provisión de un abogado defensor público para un detenido, que instará excarcelaciones o arrestos domiciliarios, se necesitan programas y acciones que interactúen a niveles diversos de los estrictamente judiciales, para entre otros, hallar alojamientos dignos para quienes, por su extrema vulnerabilidad o por tratarse de migrantes, no cuentan con ellos. Y todavía más, debe haber "alguien", que coadyuvando con cada defensor técnico, pueda tener un grado de observación total del funcionamiento del sistema, para proponer intervenciones institucionales que influyan positivamente en la dinámica del actuar de la justicia desde un

lugar de protección colectiva, tanto más si las violaciones de derechos o las omisiones de prestación se han vuelto sistemáticas y generalizadas. Entonces, la Defensoría General de la Nación venía desde hace años contando con el apoyo de equipos técnicos para problemáticas específicas y para el mejor desempeño del rol funcional, establecidos en su propia estructura. La ley no sólo los asume orgánicamente, sino que los expande. Se encuentran así, equipos especiales de peritos, consultores técnicos e investigadores, intérpretes lingüísticos, laboratorio, atención de problemáticas sociales y programas y comisiones para personas en condición de vulnerabilidad, divididos por colectivos pasibles de ser discriminados, grupos de abordaje territorial para sectores desaventajados, entre otros (conf. art. 10).

Como ocurrió con tantas legislaciones latinoamericanas que a partir de la reforma hacia modelos acusatorios vieron la oportunidad de contar con nuevas estructuraciones de defensorías públicas con autonomía funcional, esta constituyó también una oportunidad, la de tener una ley definitivamente desligada de los fiscales, y por lo tanto, con principios, deberes y garantías pensados para defensores públicos.

La nueva Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa se hace cargo de formular deberes y atribuciones adecuados para el ejercicio de las funciones encomendadas en el CPPN y para garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de defensa técnica adecuada (estableciendo lineamientos para la superación de eventuales conflictos entre la defensa material y la defensa técnica –arts. 5 inc. b) y 17-). En tal sentido, los Defensores Públicos deben “realizar las medidas de investigación de la defensa que resulten necesarias”; asistir a las personas “desde que se encuentran detenidas en sedes policiales o de otros organismos de seguridad y hasta la conclusión de la etapa de ejecución de la pena”; “intervenir en todo acto procesal del cual pueda derivarse un beneficio o perjuicio para sus asistidos o defendidos” y “estar presentes en cada ocasión en la que se cite al imputado”; “intervenir en todos los procesos disciplinarios que se realicen en los ámbitos de privación de libertad o internación”; “instar el agotamiento de las vías recursivas a fin de propender a la mejor solución jurídica para sus defendidos o asistidos”; entre tantas otras funciones que hacen a una defensa técnica efectiva y adecuada, objetivo principal de la instauración de un servicio público de defensa penal (conf. art. 42).

Asimismo, el establecimiento de la figura del Defensor Público de Coordinación (conf. art. 39) pretende optimizar la prestación del servicio, desde un lugar de descentralización que atenga al conocimiento de cada realidad, para poder reaccionar en tiempo útil y “desde la trinchera”, en cuestiones que son problemáticas específicas de la defensa pública; garantizando la evitación de conflictos de interés, las no sobrecargas de trabajo, las asignaciones ponderadas de casos, constitución de equipos de trabajo, continuidad en la prestación, contralor de la detención en sede policial y la intervención previo a la formalización de la investigación (conf. art. 40).

Por su parte, por primera vez se reconoce en la legislación federal la excusación del defensor público por violencia moral ya que la asignación de un defensor en el caso se considera obligatoria, pero revisable "Si se encontrare en una situación de violencia moral respecto de su representado, debiéndose entender como tal, todo conflicto de interés que comprometa o pudiera comprometer (su) integridad… o impida el ejercicio de una Defensa Pública efectiva y adecuada" (conf. art. 19).

3. Perspectivas

Este trabajo contiene unas primeras reflexiones sobre algunos aspectos relacionados con el cambio más relevante del proceso penal nacional y federal en muchísimos años. Las reflexiones, se relacionan con la visión de la actuación funcional de la defensa, en una etapa procesal que tradicionalmente le ha sido hostil, y que a partir de una nueva conceptualización de rol que le corresponde a cada uno de los sujetos procesales en esta instancia, puede constituir un vector donde el juego dialéctico de los contrarios pase del discurso a la realidad.

Si bien se realizan críticas dogmáticas que en general, y con los necesarios reparos, dejan bien parada a la nueva normativa procesal – y aún mejor a la que representa la primera ley orgánica de la defensoría pública federal- en muchos pasajes "se abre el paraguas" por la dependencia evidente que toda norma procesal tiene respecto al operador que está destinado a aplicarla.

Como suele ocurrir en estas situaciones, el lapso que va desde la aprobación del nuevo sistema hasta pasados los primeros seis meses de su puesta en vigencia, son momentos dirimentes donde todavía juegan sus fichas los agoreros del cambio, los que apuestan al fracaso y manutención del *status quo*; pero son también los momentos donde deben asumirse responsabilidades y compromisos institucionales para la implementación, capacitación, puesta a punto de estructuras organizativas y asunción definitiva de nuevos roles funcionales.

Los primeros momentos de toda reforma procesal, son también fundamentales porque comienza a delinearse una jurisprudencia más o menos restrictiva de derechos, a veces incluso, los jueces y fiscales pareciera que entraran en un tenso diálogo con el legislador, combatiéndolo y azuzando "contrarreformas" en relación con ciertos institutos o regulaciones que no gozan de sus consideraciones más preciadas.

El modelo instaurado tiene como lema la desformalización de la etapa preparatoria, lo que es todo un reto pero también una necesidad. La puesta en marcha del nuevo modelo exigirá a la vez la puesta en marcha de una verdadera reingeniería de los sujetos procesales y vinculaciones relacionales desde un lugar completamente diferente.

En demasiadas coyunturas las reformas procesales penales suelen someterse a recurrentes reduccionismos ligados a la libertad o su limitación durante el proceso. Esta no fue la excepción, y debe decirse que el debate se vio ensombrecido por la tentativa de introducir infortunadas fórmulas limitantes de derechos, en virtud de pertenencia a determinado grupo social.

Pero el proceso penal también se distingue por el grado de respeto que otorga a la relación imputado –defensor técnico, y el grado de intervención de ambos en el procedimiento. En este caso, el nuevo código procesal penal representa un avance en relación con sus antecedentes.

Poder a la defensa en la etapa de investigación preparatoria. A partir de eso, todos los desafíos por delante.