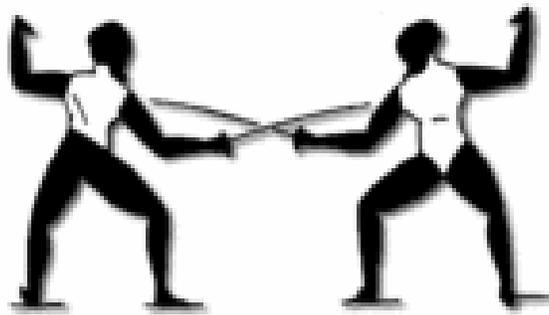


## PONENCIA

“LA DEFENSA PÚBLICA Y EL PROCESO ADVERSARIAL  
¿IGUALDAD DE ARMAS?”



AUTOR: GUILLERMO GUSTAVO GONZALEZ

## **I.- INTRODUCCION.-**

Entre los principios que pregona el mentado sistema “adversarial” o “acusatorio puro” existe lo que en materia procesal se denomina “igualdad de armas” que no es más que la derivación del principio constitucional de IGUALDAD ante la ley (art. 16 C.N.) pero llevado al ámbito penal debe ser entendido como la posibilidad REAL que debe asegurarse al IMPUTADO de contar con iguales herramientas jurídicas y medios probatorios que los que tiene a su alcance el acusador público, es decir, el Ministerio Público Fiscal.-

La sanción de nuestro actual Código Procesal Penal, significó para su época (año 1991), un gran avance en la legislación procesal penal nacional, debido a que, por primera vez, se aislaba de la órbita del JUEZ DE INSTRUCCIÓN inquisitivo el control y dirección de la investigación de los presuntos hechos delictivos, para ponerla en cabeza de una nueva figura, la del FISCAL DE INSTRUCCIÓN, que como titular de la acción penal fue dotado de tantas facultades que en algunos casos, supera a las del propio JUEZ DE GARANTIAS (ej. el juez no puede tomar declaración al imputado). No obstante ello, lo mismo – por lo novedoso- fue recibido con aplausos por la doctrina procesal penal que veía cómo el principio de IMPARCIALIDAD se estaba concretando en la práctica.-

Con el correr de los años, los operadores del fuero penal advertieron que el pretendido sistema ACUSATORIO, alcanzaba su realidad en el PLENARIO o JUICIO ORAL, pero el “gran filtro” que significa la investigación penal preparatoria, continuaba –y continúa- con iguales o mayores rasgos INQUISITIVOS debido a las grandes potestades que el código de rito brinda al FISCAL DE INSTRUCCIÓN, presentándose en la práctica, los mismos problemas que por aquel entonces se tenía con los JUECES DE INSTRUCCIÓN.-

Debe agregarse que – en Tucumán- el Ministerio Público, no posee rango constitucional como lo tiene a nivel nacional luego de la reforma de 1994 (art. 120 C.N.); forma parte del PODER JUDICIAL al encontrarse legislado dentro de la LEY ORGANICA DE TRIBUNALES, pero lo más GRAVE a mi modo de ver es que establece en una sola persona (el Ministro Fiscal) el liderazgo del MINISTERIO PUBLICO FISCAL (todos los Fiscales) y del MINISTERIO PUBLICO PUPILAR (o de la Defensa) que representa a todas las defensorías Oficiales (civiles, penales, de menores, etc.); lo que equivale a reconocer que un mismo órgano debe delinear o impartir políticas a ministerios diferentes – estos es- acusación por un lado y defensa por otro.-

En lo material, las Defensorías Oficiales Penales fueron creadas en el año 1991, para responder al nuevo código procesal puesto en vigencia por la INTERVENCION FEDERAL pero desde aquella época y hasta la actualidad, las mismas no cuentan con un espacio físico autónomo e independiente como las preexistentes, cuenta un solo “mostrador” de atención al público para CINCO DEFENSORIAS donde a diario VICTIMAS e IMPUTADOS (a veces del mismo delito) esperan el asesoramiento jurídico gratuito que brindan las defensorías.

No es menos importante señalar que el número de empleados de las CUATRO DEFENSORIAS (6° a 9° Nom.), no satisface la necesidad de recursos humanos, que no alcanza a igual en personal a una sola Fiscalía de Instrucción; agregando la disponibilidad de vehículos y demás medios que carecen las defensorías penales. Esta consideración, desde la óptica del sistema adversarial, no reconoce igualdad de condiciones entre acusación y defensa.-

Las Defensorías Oficiales siempre fueron vistas como la “cenicienta” del fuero penal, por ser la oficina donde concurren habitualmente los justiciables de menores recursos, observándose que es la oficina judicial litigante con el menor número de personal y medios materiales en proporción al número de causas que

maneja (cuatro personas para 2.000 causas anuales, 200 de ellas con preso, aprox.).-

Desde lo personal, creo el “menor valor” que se le adjudica a las Defensorías Oficiales, tiene su origen en el poco o nulo tratamiento legislativo y **en la falta de un MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA autónomo**. En torno a esto último, sus derivaciones e implicancias con el principio de igualdad de armas, girará el desarrollo del presente trabajo.-

## **II.- LA DEFENSA PÚBLICA EN EL AMBITO DEL MINISTERIO FISCAL.-**

Si tomamos cualquier libro o artículo de Doctrina Jurídica que trate sobre el “Ministerio Público” veremos que – en general – todos hacen referencia únicamente al MINISTERIO PUBLICO FISCAL, que es sólo una de las PARTES del Ministerio Público, que se encarga de la investigación de los delitos. Son muy pocos los que tratan o conocen que – al menos en nuestra organización judicial provincial- el MINISTERIO PUBLICO PUPILAR (en adelante, de la Defensa), también forma parte del MINISTERIO PUBLICO que se encarga de realizar la posición ANTAGONICA al primero, es decir, defiende principalmente los intereses de los imputados que no pueden pagar abogado particular. Lo más curioso y a la vez reprochable de nuestros antecedentes y situación actual, es que las dos partes anteriormente señaladas que poseen intereses CONTRAPUESTOS (acusación-defensa), se encuentran a cargo de un superior COMUN, el Ministro Fiscal. Igual situación ocurre en la provincia de SANTA FE, que llevó a decir a **VAZQUEZ ROSSI** “...*hacer depender funcionalmente a los Defensores Oficiales del Ministerio Público, genera un desdibujamiento de estos funcionarios que, llega, incluso, a generar dudas sobre la constitucionalidad de tal tipo de organización, en la que los defensores tienen subordinación jerárquica del procurador general.....*” (La Defensa Penal, 4° ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 175 año 2006, **negrita y subrayado me pertenecen**).-

Desde hace más de 20 años a Nivel Nacional y como tendencia generalizada en el resto de las provincias de la República Argentina, se viene advirtiendo – gratamente- el tratamiento autónomo de la DEFENSA PUBLICA como un ente SEPARADO del MINISTERIO PUBLICO FISCAL, dotado de atribuciones y recursos económicos propios. El presente reformista en nuestra provincia en el ámbito del proceso penal, resulta una OPORTUNIDAD INMEJORABLE para seguir aquella ya señalada tendencia, aplicándola a nuestra legislación provincial.

No se compadece con el SISTEMA ADVERSARIAL en general y con el principio de IGUALDAD DE ARMAS en particular, que sea una cabeza común la que comande dos grupos antagónicos. De igual modo, resulta tan inaceptable constitucionalmente que un juez instructor investigue y resuelva una causa, como que un mismo MINISTRO FISCAL sea el jefe máximo de los Fiscales y los Defensores.-

Solo a modo enunciativo puede enumerarse con ejemplos, lo que en los hechos podría ocurrir cuando el MINISTRO FISCAL deba articular las modificaciones de las actuales oficinas judiciales del MINISTERIO PUBLICO para adecuarlas al pretendido SISTEMA ADVERSARIAL:

- 1.- Unilateralmente podrá alterar ámbitos cruciales de las DEFENSORIAS PENALES, recomendando la salida o entrada de empleados de manera inconsulta.-
- 2.- Disponer discrecionalmente de los recursos.-
- 3.- El Ministerio Público Fiscal posee una dotación de funcionarios adjuntos de los que corre en desventaja la Defensa Pública.-

Lo señalado conspira objetivamente contra la tan pregonada **DEFENSA EFICAZ**, situación que se evidencia con más fuerza en los sectores más vulnerables de la sociedad.-

El punto 4 de la Resolución N°2656 de la Organización de Estados Americanos (OEA), recomienda a los Estados Miembros que ya cuentan con sistemas de Defensa Pública se que adopten las acciones tendientes a que los Defensores Públicos Oficiales gocen de independencia y autonomía funcional, asegurando la paridad contradictoria propia de los sistemas adversariales.-

### **III.- DEL JUEZ INQUISITIVO AL FISCAL SUPERPODEROSO.-**

Sería largo de mencionar una por una las Facultades de los Fiscales de Instrucción que, no solo no pueden cuestionarse ante el Juez de Instrucción sino que además brindan con mayor claridad práctica que, en los hechos, la tan mentada “igualdad de armas” es pura ilusión en nuestro actual CPP. Así tenemos:

#### **a.- Utilidad y pertinencia de la prueba.-**

En nuestro sistema actual el JUEZ DE INSTRUCCIÓN es el DIRECTOR DEL PROCESO, mientras que el FISCAL DE INSTRUCCIÓN es el DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN. En lo atinente a la prueba, aquella distinción es sumamente importante, puesto que el Fiscal posee libertad probatoria para acreditar los hechos en que se basará su acusación, siendo la tarea del JUEZ DE INSTRUCCIÓN la de ser el contralor de las GARANTIAS CONSTITUCIONALES en mira a que la actividad fiscal no se extralimite violando las mismas. Pero en nuestro sistema procesal actual, es el FISCAL (art. 344 CPPT) quien decide sobre la utilidad y pertinencia de la PRUEBA a rendirse en la INVESTIGACIONES FISCAL PREPARATORIA y – lamentablemente- no se encuentra obligado a investigar o realizar pruebas que le peticiona la defensa pues dicho parámetro –

subjetivo por cierto- goza de una discrecionalidad avalada por el Juez de Instrucción, so pretexto de que el mismo no puede ni debe decirle al Fiscal que prueba producir o no por temor a violar su IMPARCIALIDAD.-

En los hechos eso se traduce, por ejemplo, en que si el Fiscal resuelve no recibir declaración a un testigo ofrecido por la defensa, dicha negativa no puede ser objeto de OPOSICION por cuanto revocar dicha negativa y obligar al Fiscal a recibir ese testimonio podría entenderse como una intromisión en los criterios de investigación que se encuentra vedado al juez. Resultando por ello totalmente ajeno al principio de igualdad de armas que el control de la “**utilidad y pertinencia de la prueba**” se encuentra en cabeza de una de las partes (que va en desmedro de la otra) y no – como debería ser y lo es en el sistema adversarial- en cabeza del juez de instrucción como tercero ajeno al interés de las partes.-

#### **b.- Facultad sancionadora de los Fiscales.-**

En el capítulo que legisla nuestro código procesal penal referido a los ACTOS Y RESOLUCIONES JURISDICCIONALES, indica el **art. 139** que “... *PODER COERCITIVO: El Tribunal, en el ejercicio de sus funciones, puede dirigirse a cualquier autoridad de la Provincia y ordenar directamente el auxilio de la fuerza pública, sin que el requerido pueda oponer a las órdenes del magistrado las de su superior jerárquico*”. Luego, **el Art. 154 CPPT** que hace referencia a los ACTOS DEL FISCAL DE INSTRUCCION, indica que entre sus prerrogativas TAMBIEN posee la del Art. 139 (poder coercitivo) **al IGUAL QUE LOS JUECES.**-

Llevado esto a la práctica, se traduce en que si un FISCAL solicita un informe a una repartición publica y esta no lo contesta, puede imponer – por el juego de los artículos citados- una sanción al igual que el Juez de Instrucción o inclusive puede hacer comparecer por la fuerza pública al responsable de la

omisión. Mientras que si dicho pedido de informe lo hace un DEFENSOR OFICIAL y – en el caso- la institución pública no lo contesta, la defensa en este caso no ha de conseguir el elemento probatorio. Nos preguntamos ¿y la igualdad de armas?.-

El maestro FERRAJOLI expresó “... *para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de las 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, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos ...*” ( FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Madrid. Ed. Trotta, pág. 614, año 1995*).-

Va de suyo que las críticas realizadas no deben ser tenidas como meras quejas u disparidad de opinión; sino que **LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS** – con mayor razón en un pretendido sistema adversarial- **ES UNA OBLIGACIÓN DEL ESTADO** que DEBE tender a tornarse efectivo en la realidad; así, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION en el caso JORGE NORBERTO FERNANDEZ dijo “... *la garantía de la defensa en juicio – en materia penal- no se reduce al otorgamiento de facultades para el ejercicio del poder de defensa, sino que se extiende, según los casos, a la provisión por el Estado de los medios necesarios para que el juicio al que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa*” (Fallos, 308:1988).-

Otros temas a replantearse, teniendo en cuenta la lógica de este trabajo, serían:

a.- Pericia de parte y Defensa Pública en el Sistema Adversarial.-

- b.- Facultades y deberes del Defensor Público en el Sistema Adversarial.-
- c.- Oralidad de la Instrucción y recursos humanos de la Defensa Pública.-
- d.- Proceso Penal de Menores y Sistema adversarial.-

El pormenorizado tratamiento de ellos, excedería el marco de esta ponencia, pero son de gran significancia y deberían ser tenidos en cuenta en la próxima reforma al Código Procesal Penal de Tucumán.-

#### **IV.- CONCLUSIONES.-**

- 1.- Urge el tratamiento de una nueva LEY DE MINISTERIO PUBLICO, donde los Ministerios Fiscal y de la Defensa y Pupilar posean líderes INDEPENDIENTES para cada una de sus funciones.-
- 2.- En cuanto al tratamiento legislativo en el marco del Código Procesal Penal a reformarse, debe dedicarse un capítulo específico dedicado a las DEFENSORIAS OFICIALES PENALES, dotándosela de iguales atribuciones que los FISCALES en pro del ejercicio de su Ministerio Defensivo.-
- 3.- Debe otorgársele a la DEFENSA PUBLICA igual presupuesto y recursos que al Ministerio Público, para recién allí, comenzar a pensar en que el principio de “igualdad de armas” pueda ser algo palpable en los hechos y no una utópia.-
- 4.- Debe preverse la posibilidad de utilización e incorporación de medios probatorios que sean VINCULANTES para el Fiscal, como así también la posibilidad de contar con un sistema que posibilite poder contradecir la prueba del Fiscal (ej. Perito de parte), a cargo del estado.-

Sin lugar a duda, no tener en cuenta estos extremos en la próxima reforma procesal, hará que **el proceso penal – al menos cuando un imputado actúe con defensor oficial- de ADVERSARIAL sólo tendrá el nombre**, aumentándose aún más la brecha de potestades entre miembros iguales del Ministerio Público (Defensores Oficiales y Fiscales), dejando al principio de IGUALDAD DE ARMAS (base del sistema adversarial) en una mera expresión de deseo idealista sin ninguna concreción fáctica.- FIN.-