

OBLIGACIONES, DEBERES Y CARGAS DEL DEFENSOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL BONAERENSE*

I

Proceso implica la existencia de un tercero imparcial, imparcial e independiente que “conecte” las instancias procesales de las partes. En otros términos, que conecte la ACCION PROCESAL.

El triángulo esbozado por Chiovenda¹ (o si se quiere el de Bülow y Wach) adquiere entidad cuando, analizadas las relaciones que en él y por el proceso se generan, surgen los **imperativos² procesales**: los vínculos que cada uno, de acuerdo a la calidad que asume y el acto de que se trate, tiene en el proceso.

Históricamente la corriente romanista de derecho civil ha subsumido los conceptos de deber y de obligación, otorgándole a éste último una extensión mayor a la técnicamente adecuada para un lenguaje procesal. No obstante, parte de la doctrina alemana de la cual se puede citar como referente a James Goldschmidt,³ con

* Ponencia presentada en el II Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista y preparatorio del XV Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, realizado en la ciudad de Azul los días 2 y 3 de Noviembre de 2000.

1 En el esquema de Baumann la relación procesal se diagrama como un pentágono (tribunal, reo, acusador, defensor y querellante) cuyo perímetro se amplía con los auxiliares de la justicia y los terceros (testigos, peritos y tercero interviniente) cfr. Jürgen Baumann, Derecho Procesal Pena, Conceptos Fundamentales y Principio Procesales, Buenos Aires, Depalma, 1986.

2 Imperativo es un término con el sello Kantiano en la historia de la Filosofía. Las influencias del majestuoso pensador de Königsberg tanto en el ámbito estrictamente filosófico (p.ej. en Hegel; el pensamiento neokantiano de las escuelas de Badem y Marburgo) como en el de la jusfilosofía (Kelsen, Carlos Cossio, Werner Goldschmidt, por nombrar algunos) se han hecho notar en la terminología aquí empleada.

3 aut. cit. Prozess als Rechtslage, p. 118; aut. cit. Teoría general del proceso, p. 82..

posterioridad la italiana⁴ y por fin calificada doctrina Iberoamericana⁵ han marcado la necesidad de diferenciar, partiendo de un concepto fundamental como es el de “carga”, a ésta última del deber y de la obligación.

El Profesor Adolfo Alvarado Velloso ha hecho hincapié y hace hincapié en esta idea fundamental consistente en distinguir los imperativos procesales.

II

En este orden de ideas “deber” es un imperativo en miras del proceso. Si imaginamos el triángulo de Chiovenda con el tercero en su cúspide y sobre la base, en un pie de igualdad, las partes (actor-demandado; acusador-reo) los deberes se dan entre cada una de éstas - individualmente concebidas- y el juzgador. Su característica primordial, y modo de reconocerlos, emerge de la propia consecuencia de su antecedente: el incumplimiento conlleva una sanción personal.

Se sostiene que son deberes procesales de las partes el de lealtad, probidad y veracidad.⁶ Ellos también son deberes del juez, a los que debe adunárseles los funcionales v.gr.: asistir a su despacho diariamente, resolver en término, etc.

El plano del imperativo el **vertical**.⁷

Obligación es un imperativo procesal en miras del interés de la contraparte. Su inobservancia lleva implícito el constreñimiento de quien ha incumplido. Se suele citar como únicas obligaciones el pago de costas, timbrados y reposición fiscal y las astreintes.

El plano del imperativo es **horizontal** (entre las partes).⁸

4 Canelutti, Teoría generale del diritto, Roma, 1940, ps. 233 y sgts.; Micheli, L'onere della prova, Padova, 1942, ps. 51 y ss.; Andrioli, Contributo alla teoría dell'adempimento, Padova, 1937, p. 103.

5 Couture, Estudios de derecho procesal civil, t. 3, ps. 254 y sgts., Depalma, 1998; Eisner, Isidoro; La Prueba en el Proceso Civil; ps.49 y sgts., Abeledo Perrot, 1964; igualmente véase Adolfo Alvarado Velloso, Introducción al Estudio del Derecho Procesal –primera parte-, reimpresión, ps.250 y sgts., Rubinzal-Culzoni, 1997.

6 Aunque respecto de la veracidad veremos más adelante sus implicancias.

7 Analizado parcialmente, éste es el esquema procesal de Helwig, donde las partes no se relacionan entre sí en el sentido procesal, sino únicamente con el juzgador. En lugar de triángulo existe una “v” invertida.

Carga es el imperativo del propio interés. La carga implica la posibilidad de realizar algo en un tiempo determinado y su incumplimiento no conlleva sanción personal ni constreñimiento, sino la pérdida de la posibilidad de realizar la actividad o ejercitar el derecho omitido. Volviendo al triángulo del gran procesalista italiano, el imperativo se da en el plano **insular**. Son cargas, p.ej.: contestar la demanda, ofrecer prueba, alegar, etc.

Corresponde, por tratarse del objeto de esta ponencia, analizar los imperativos procesales teniendo en miras al defensor en el sistema de enjuiciamiento penal bonaerense.

No puedo dejar de advertir dos cuestiones: 1) la calidad o no de parte del defensor; 2) la imposibilidad legislativa (y para la mayoría de la doctrina nacional, también constitucional) de enjuiciamiento penal en rebeldía. No pretendo entrar a analizar estas dos cuestiones, pero sí me veo obligado a considerar que –de lege lata– no se puede enjuiciar sin defensor técnico, ni tampoco en rebeldía. Si bien estimo que el defensor no es parte procesal⁹ resulta evidente que su rol en el sistema se encuentra íntimamente vinculado al de la parte propiamente dicha. No puede negarse que adquiere, como se verá seguidamente, un protagonismo sustancial que lo convierte en un verdadero sujeto de los imperativos procesales.¹⁰

III

La defensa se halla presente legislativamente en la recepción expresa y transcripción de garantías constitucionales (art. 1 CPP); en la primer comunicación al imputado (arts. 60 y 273); la necesidad de notificación de medidas irreproducibles (art. 274); incluso de otras diligencias (arts. 261 y 275)¹¹ entre las que se encuentran las pericias

8 Como se aludiera en la nota anterior respecto de los deberes, analizado parcialmente, éste es el esquema que se extrae de la teoría de la relación jurídica procesal bilateral de Kohler, en la que se excluye al juzgador y en lugar de triángulo existe una recta horizontal.

9 En este sentido: Bertolino, De Elía, Hortel, Donna y Maiza, entre otros.

10 Interesante es la recopilación de jurisprudencia efectuada por Alejandro D. Carrió en su obra *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

11 Hubiese sido conveniente que el código fuera más claro en cuanto a las medidas reproducibles

(art. 247), los reconocimientos (arts. 257 y sgts.); en la necesaria entrevista previa con el imputado (art. 308); en el traslado de la requisitoria de elevación a juicio (art. 336); en la citación a juicio, audiencia preliminar (art. 338), debate, veredicto y sentencia, impugnaciones, y en las controversias originadas durante la etapa de ejecución (art. 498).

Los tres deberes que la doctrina ha catalogado, recordemos son los de probidad, lealtad y veracidad, no cabe duda son deberes del defensor. Sin embargo, el último de los citados debe ser precisado.

La Real Cédula de Aranjuez de 1794, al instituir el Tribunal del Consulado, establecía que en juicio se debía actuar: “*a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada*”. Los procesalistas Eisner y Couture¹² no han concordado en cuanto a la existencia de éste deber en el ámbito del procedimiento civil. Mientras el primero lo dudaba, concediéndolo únicamente en los procesos de tinte autoritario, el segundo abogó por la existencia de tal deber, el que –entendió– concurre como obligación y como carga según la legislación de que se trate. Este imperativo que implica decir la verdad aún en contra de sus intereses y en pro de los del “adversario”,¹³ a primera vista resulta repudiable en el procedimiento penal. Sin embargo, excluyendo como veracidad todo lo que implique un perjuicio o interés contrario a su representado, no cabe duda que en cuanto a su actuación profesional –entiéndase estrictamente en tal sentido– no puede admitirse un desempeño profesional basado en la mentira o engaño.

Voy a dejar un interrogante que justificaría ser materia de especial estudio. Analizando la situación del imputado, doctrinaria y jurisprudencialmente se sostiene que el principio constitucional de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo impide sancionar al imputado mendaz, mendacidad que es jurídicamente inerte (para no hablar en términos de impunidad porque lo que no está prohibido no puede quedar impune). Es cierto que no incurre en delito, pero también es cierto que la jurisprudencia de manera casi unánime utiliza el indicio de mendacidad como elemento de cargo. La mentira

12 obs. cit. págs. cit.

13 Nótese que el término adversario es apropiado en la concepción del proceso como lucha. Véase Goldschmidt, ob. cit.

palmaria del imputado, la mala justificación, acarrea una suerte de sanción: un indicio en su contra.¹⁴

El deber de lealtad se vislumbra palmariamente en el art. 94 del C.P.P. El defensor en caso de asistir a varios imputados con intereses contrapuestos deberá optar por alguno o algunos de ellos.

Además de las sanciones que se le puede aplicar puede incurrir en prevaricato. Debo señalar asimismo que el deber se desprende de normas genéricas (arts. 1 y 98 del C.P.P). Paradigmático es el caso del Fiscal. Aunque no es materia de éste trabajo, cabe señalar que el ocultamiento de prueba a la defensa (que implica no otra cosa que violar el deber de lealtad) conlleva sanciones personales además de las funcionales y procesales (art. 338 inc. 2 párrafos 2 y 3 del C.P.P).

El deber de probidad se encuentra materializado expresamente en los arts. 348 y 349 del Rito, en cuanto el órgano jurisdiccional puede sancionar los comportamientos incorrectos –en el caso que nos ocupa– de los defensores.

También este imperativo, como el anterior, se encuentra genéricamente contemplado en el código (arts. 1 y 98 del Ritual).

Hasta aquí he analizado los deberes de lealtad, probidad y veracidad (respecto de éste último con los alcances aludidos “ut supra”). Empero de un análisis exhaustivo y de una meditada valoración he de concluir que existe un cuarto deber fundamental del defensor. Me estoy refiriendo al deber de “asistencia”.

El defensor debe: no hacer abandono injustificado de la defensa (art. 97), asesorar a su pupilo sobre la conveniencia o no de declarar (art. 308), asistir a la audiencia preliminar (art. 338), asistir al debate (art. 347) y en su caso representar a su defendido (art. 345), formular los lineamientos de la defensa (art. 354), alegar (art. 368), en caso de desistir un recurso interpuesto acompañar mandato expreso del causante (art. 432); en definitiva cumplir con los deberes que su función le impone, en resguardo de las garantías constitucionales (art.

14 Couture valora esta situación, en el procedimiento civil, con relación a la absolución de posiciones y sostiene que en éste caso el imperativo de veracidad es una “carga” procesal (cfr. ob. cit.).

18 CN) de las cuales –no puede negarse- él es un realizador. Su inobservancia lo hace incurrir en sanciones (art. 98 CPP).

En cuanto a las obligaciones advierto que ciertos incumplimientos de “deberes” llevan como consecuencia la “obligación” del pago de las costas causadas (art. 98 2do. párrafo del CPP). Evidentemente en tales casos defensor y defendido –que se encontraban “en un mismo bando” en el proceso- resultan partes contrarias de un nuevo conflicto.¹⁵

Son cargas del defensor proponer medidas de prueba (art. 273), en particular peritos (art. 247), asistir a los actos irreproducibles (art. 274) o, incluso, a otras diligencias (art. 275), asistir a la audiencia prevista por el art. 308, formular oposición a la elevación de la causa a juicio (art. 336), ofrecer prueba (art. 338), practicar y procurar la notificación de testigos, peritos, etc. (art. 339 2 párrafo), plantear nulidades (art. 201 y sgts.), recurrir, mantener recursos, etc.

Con relación a la oposición a la elevación a juicio debo remarcar, que al haberse apartado nuestro código de las previsiones del CPPN, de otros códigos provinciales (como el de La Pampa) e Iberoamericanos (v.gr. el de Guatemala) en cuanto a que la requisitoria, abierto el debate, es leída en presencia del imputado, se generan serias controversias en torno a que acto constituye acusación¹⁶ y en todo caso cuales son los efectos del auto de elevación a juicio.¹⁷

En mi opinión la etapa aludida tiende únicamente a controlar, de mediar oposición, si los elementos de convicción reunidos justifican un juicio, en su caso, si la calificación legal sostenida por la fiscalía es adecuada, o bien cerrar la puerta siempre a la posibilidad de llevar el asunto a juicio. La defensa-reacción es, a mi entender, ejercida en el

15 Conflicto por cierto de intereses. Es una suerte de anticipación reparadora.

16 Véase p.ej. las resoluciones del Tribunal de Casación provincial, Sala I, Causas 184 del 25/11/99, 479 del 11/12/99, 563 del 6/3/2000; su incidencia respecto del principio de congruencia y las consecuencias que puede traer aparejada una deficiente labor técnica de la defensa, la interrupción de la prescripción y la provisionalidad o no de la tesis contenida.

17 Exceptuada la elevación por simple decreto.

juicio. Ello da fundamento a la norma. No es imperativa: el defensor **no debe oponerse**, sino que **puede oponerse**.¹⁸

Quedan algunas cuestiones en el tintero y que merecerán algún estudio especial. En primer lugar la comunicación que del recurso de casación prevé el art. 451 “in fine” del CPP; en segundo lugar si ante la manifestación expresa del deseo de recurrir por parte del imputado, el defensor tiene el deber de fundarlo; y en tercer lugar, si advirtiendo el defensor una causal de recusación del Magistrado y/o representante del Ministerio Público Fiscal, tiene el deber inmediato de articular el mecanismo previsto por el Rito.

IV

Los anhelos de plasmar un derecho procesal con bases científicas colisionan con el protagonismo que la realidad política y social imperante pretende dar al proceso. Si se descuida el estudio sistemático y se pierde de vista la Constitución, nuestro derecho procesal se transformará en un mero conjunto de reglas inentendibles que servirán quizás para justificar solo alguna situación particular.

La expresión proceso garantista es en realidad una tautología. Si garantía significa “cosa que se asegura o protege contra algún riesgo o peligro” e impunidad “falta de castigo” entonces enjuiciamiento sin garantías es impunidad garantizada a favor del Estado. No se mal interprete, no es una expresión de deseo, es lo que nuestra Constitución manda.-

18 Más lejos ha llegado el legislador nacional al estipular en el CPPN, que el auto que dispone la elevación a juicio es inapelable (art. 352). En igual sentido el Código de Las Pampa (art. 311). Otra importante nota distintiva que impide comparar la requisitoria del CPP con la acusación del código anterior (ley 3589) es que en aquél el defensor tenía el deber de Defender, siendo plausible de sanciones en caso de incumplimiento. Incluso el juez que no las aplicase, también podía incurrir en sanciones (arts. 62, 64 y 64).