

03.

Doctrina

El principio de contradicción en el modelo adversarial vigente
en el ámbito de la provincia de Buenos Aires

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 6/10/2022

Aprobado: 1/11/2022

El principio de contradicción en el modelo adversarial vigente en el ámbito de la provincia de Buenos Aires

The principle of contradiction in the current adversarial model in Buenos Aires province's field.

Por Agustín P. I. Muga¹
Universidad del Salvador

Resumen: A través del presente trabajo se intentó describir escuetamente los rasgos salientes del modelo adversarial, vigente en la provincia de Buenos Aires desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal según Ley 11.922, y abordar algunas de las dificultades con que la defensa tropieza a lo largo del proceso penal, que implican una desigualdad de armas que atenta contra el debido contradictorio, piedra basal del proceso adversarial.

Palabras clave: Adversarial – Contradictorio – Imparcialidad – Igualdad de armas.

1. Abogado (Universidad del Salvador). Defensor oficial a cargo de la Unidad de Defensa N° 2 del Departamento Judicial de Mercedes. Egresado de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: agumuga@yahoo.com. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7028-9087>.

Abstract: *Through the present work, it is attempted to briefly describe the outgoing features of the adversary model, valid in Buenos Aires Province since the criminal procesal code enter in vigence according law 11.922 and approach some of the difficulties that the defence bumps into throughout the criminal process, that implies an inequality of arms that threatens the contradictory due, the adversarial process cornerstone.*

Keywords: *Adversarial – Contradictory – Impartiality – Equality of arms.*

Con la implementación del Código Procesal Penal (Ley N° 11.922)² se pretendió dejar atrás las prácticas inquisitivas del viejo Código Jofré,³ sistema en el cual el mismo juez que instruía la causa era el que luego dictaba la sentencia; a la vez que se trataba de un proceso eminentemente escrito y formal.

Uno de los paradigmas del nuevo Código fue la desformalización de la investigación penal preparatoria (IPP), aunque la misma no se logró en su totalidad –me atrevería a decir que apenas se logró– por razones básicas, que creo que sellaron la suerte adversa a esta posibilidad, al advertirse en la práctica judicial que en alrededor del noventa por ciento de los casos las causas finalizan a través del procedimiento especial de juicio abreviado, por lo que el veredicto y la sentencia deben basarse en las constancias escritas de la mencionada IPP, con el requisito de que deben respetarse –por imperio legal del art. 399, segundo párrafo– las mismas formalidades y reglas de la sentencia –de juicio oral, obviamente–.

Esta situación ha cambiado a partir de la Resolución P. G. N° 1111/21 de la Procuración General de la provincia de Buenos Aires (del 15 de diciembre de 2021), mediante la cual acertadamente se ha dispuesto la implementación de la IPP electrónica,⁴ dejándose de lado el obsole-

2. Promulgada el 10 de enero de 1997, publicada en el Boletín Oficial el 23 de enero de 1997.

3. Ley N° 3589, promulgada el 6 de marzo de 1986, publicada en el Boletín Oficial el 18 de abril de 1986.

4. La entrada en vigencia fue inicialmente en dos departamentos judiciales (Quilmes y San Nicolás) el 15 de febrero de 2022, y luego extendida a la totalidad de las departamentales (desde el 25 de abril de 2022).

to soporte en papel, situación que se encuentra en plena transición, con buenos resultados hasta el momento.

Entrando ahora de lleno en los puntos que interesan de este modelo adversarial que consagra el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, el mismo se apoya basalmente en dos pilares fundamentales: la imparcialidad del juzgador y el contradictorio entre las partes.

El juez imparcial –garantía constitucional de que goza el justiciable– es aquel que carece de prejuicios, ya sea a favor o en contra, tanto de las personas como de la materia, acerca de las cuales debe decidir. Su intervención tiene por fin asegurarle al imputado su actuación en el proceso en plena igualdad con la parte acusadora. Es el juez que se mantiene en una posición neutra, mientras las partes le presentan las pruebas con las que fundarán sus peticiones, que son las que ese juez deberá resolver.

En el caso Llerena,⁵ la Corte Suprema de Justicia de la Nación fincó el criterio de que no puede juzgar el mismo juez que intervino en la instrucción de la causa; estableciendo un año después, en la causa Dieser,⁶ que el juez que haya intervenido en una apelación durante la etapa de instrucción –por ejemplo, si se apeló la prisión preventi-

5. L. 486. XXXVI, "Recurso de hecho Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones – arts. 104 y 89 del Código Penal –causa N° 3221–", del 17 de mayo de 2005.

6. D. 81. XLI, "Recurso de hecho Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía –causa N° 120/02–", del 8 de agosto de 2006.

va en una causa correccional, que es el caso que más aplicaría en el ámbito de nuestra provincia— no puede luego conocer en el recurso de apelación contra la sentencia dictada. En ambos casos se consideró violentada la garantía constitucional de imparcialidad.

Nótese aquí la enorme diferencia con el sistema inquisitivo, en el que el mismo juez era el que ordenaba la producción de la prueba —direccionada u orientada en determinado sentido, optando incluso por una línea investigativa— y luego terminaba dictando la sentencia.

Esta es la primera gran diferencia entre ambos sistemas.

En el actual diseño procesal de la provincia de Buenos Aires se llega al extremo de vedarle al juez la posibilidad de realizar preguntas directas durante el juicio oral, permitiéndole solamente efectuar preguntas aclaratorias sobre algo que no le haya quedado claro, pero siempre acotado a las cuestiones o temáticas introducidas por las partes (art. 364, segundo párrafo). Esto, por lo que he adelantado: se trata de un juez neutro e imparcial.

Avanzando, el otro gran rasgo saliente del sistema adversarial es la contradicción, que exige plena igualdad entre las partes. La llamada igualdad de armas en la procura de producir prueba que se utilizará para fundar las peticiones que se harán al juez y que el juez utilizará después para fundar su decisión, ya sea absolutoria o condenatoria.

Aquí debo destacar, conforme la experiencia vivida como defensor oficial, que esta igualdad de armas no existe en toda su connotación, ya que la defensa suele depender de lo que decida el fiscal. Y entiendo que esta desigualdad viene dada por la propia letra del Código, que en su artículo 232 reza que el fiscal interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados, cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad.

Y aquí topamos con el primer problema: la prueba testimonial suele ser la de mayor importancia en la inmensa mayoría de las investigaciones –salvo en determinados delitos, que son los menos–. Y esa facultad discrecional que la ley le otorga al fiscal de decidir si una prueba es útil o no genera una sumisión de una parte a la otra que obviamente la debilita –en detrimento de la defensa–, sin soslayar que la prueba requerida puede ser útil para demostrar la teoría del caso de la defensa pero no la del fiscal, quien la puede considerar entonces superflua o innecesaria.

Es más: esa prueba puede llegar incluso a debilitar la teoría del caso de la fiscalía, que entonces no la proveerá favorablemente al interés de la defensa.

Desde la defensa se podrá ocurrir ante el fiscal general –superior jerárquico del anterior– a fin de solicitarle que revise la razonabilidad de la denegatoria del fiscal de instancia –procedimiento previsto en el art. 334, segundo párrafo, del Código–, siendo el momento procesal oportuno cuando el fiscal da por concluida la etapa de inves-

tigación; aunque la práctica demuestra que muy pocas veces se logra que el superior ordene la producción de la prueba, siendo lo habitual que se mantenga el criterio del fiscal de instrucción.

Esto derivará en que el testigo que interesaba a la defensa recién será escuchado años después, durante el juicio oral, con toda la incertidumbre que se genera en ese largo tiempo de espera, pudiendo ocurrir que el mismo ya no esté ubicable o haya fallecido, entre otras posibilidades, perdiéndose, a diferencia de lo que ocurre –en idéntica situación– con un testigo al que el fiscal ya le recibió declaración, cuyos dichos pueden ingresar al juicio de conformidad con lo previsto en el artículo 366, cuarto párrafo, del Código.

Hay un latiguillo con el que los agentes fiscales suelen coronar estas denegatorias, y es afirmando que la prueba no aparece útil en ese estadio procesal, y que será en el debate oral y público donde la defensa podrá convocar a su testigo a declarar.

Suele decirse también que la teoría del caso de la fiscalía se encuentra acreditada con el grado de aproximación a la verdad que la instancia exige para petitionar el avance a la siguiente etapa procesal, es decir, la del juicio oral.

Y esto es, precisamente, desigualdad de armas, y atenta contra la posibilidad de llegar a un juicio con todas las depuraciones aconsejadas para tener un debate oral lo más sencillo posible –ya sea

ordinario o por jurados–, punto sobre el que se profundizará más adelante.

Resulta inconcebible que desde la defensa deba intentarse convencer al fiscal de que recepcione determinada prueba; que deba exponerle íntegramente su teoría del caso y mostrarle todas sus cartas –dado que la petición debe ser fundada, por imperio legal–.

Igual de cuestionable es que sea una de las partes la que autorice la prueba de la otra, y hasta que le desestime la producción de aquella que puede resultar inconveniente a su propia teoría del caso. Esto implica una evidente desventaja para el imputado y su defensa, quedando claro que no existe igualdad de armas entre las partes, sino que la misma es una mera declaración de principios.

Habrà igualdad de armas, y por ende proceso adversarial, cuando la defensa pueda producir su propia prueba y la misma ingrese válidamente al proceso, al igual que sucede con la prueba del fiscal. Entiendo que esta cuestión también demanda una inmediata reforma legislativa en pro de establecer la consagrada paridad.

Y por supuesto también será necesario dotar a la defensa (pública) del fortalecimiento necesario para cumplir ese mandato, con asignación de peritos en las diferentes materias, y de personal capacitado en investigación, entre otros.⁷

7. Como el Cuerpo de Peritos, Consultores Técnicos e Investigadores del Ministerio Público de la Defensa, creado en la órbita de la Defensoría General de la Nación mediante Resolución DGN N° 349/13, del 18 de mayo de 2013.

Continuando con el contradictorio, y sin perder de vista el eje central del sistema adversarial, de que toda la actividad probatoria se encamina al juicio oral y público –que es el momento más importante–, debo destacar la audiencia preliminar (al juicio) prevista en el artículo 338, segundo párrafo, del Código.

Esta audiencia es muy importante si se tiene en cuenta el ideal de que se llegue a la audiencia de juicio oral de manera seria, es decir, habiéndose pulido todas las cuestiones cuyo tratamiento durante el juicio –ordinario o por jurados– generarían demoras, confusión, fatiga en el caso de los jurados, etcétera.

En ella:

- Se tratan las pruebas que se utilizarán en el juicio.
- Se realizan los planteos de inconstitucionalidad o nulidad que provengan de la etapa anterior.

- Se propone la instrucción suplementaria, que es la prueba que cada parte pretende producir antes del inicio del juicio oral.
- Se tratan las estipulaciones o acuerdos probatorios (legislado para el juicio por jurados pero extensible al juicio común).

En esta oportunidad el tribunal o juzgado puede sugerir la prescindencia de prueba que aparezca impertinente o sobreabundante.

También en este acto, por lo general, se tratan las formas alternativas de finalización del proceso (suspensión del juicio a prueba y juicio abreviado).

Lamentablemente, esta audiencia tan importante no es obligatoria en los juicios de trámite ordinario, sino solo en las causas en las que se optó por el juicio por jurados, que son muy pocas. Al no ser obligatoria, en la inmensa mayoría de los casos no se peticiona su fijación, o se termina desistiendo de la misma, pasándose a proveer sobre la totalidad de la prueba ofrecida, llegándose entonces a la audiencia de debate con muchas cuestiones por pulir.

Justamente por tratarse de una audiencia renunciable, suele ocurrir que, por cuestiones de tiempo, de cúmulo de trabajo, de superposición de audiencias o –más recientemente– por falta de conexión adecuada de las unidades penitenciarias –me refiero a las audiencias que se realizan en forma telemática, que proliferaron a raíz de la última pandemia–, se renuncia.

Por ende, otra buena medida legislativa, a criterio de quien suscribe, sería establecer el carácter obligatorio de la audiencia, en todo tipo de proceso.

He venido destacando la importancia de esta audiencia preliminar, debido a que su realización permitirá a las partes perfilarse hacia un juicio oral limpio y simplificado, donde ya esté debidamente delimitado el objeto de discusión, conociendo cada parte la teoría del

caso de la contraria, lo que nos permitirá prepararnos para controvertir las pruebas de cargo o de descargo, según el caso.

Pero debe quedar algo bien en claro: en esta audiencia no se discute sobre el mérito de la prueba, que es algo propio del debate oral, sino que se trata de una vía para llegar al juicio de manera organizada, a fin de discutir lo estrictamente necesario para hacer prevalecer nuestra teoría del caso.

Y puntualmente en la regulación legal del juicio por jurados, se puede apreciar en forma muy clara el contradictorio entre las partes.

Sin entrar a profundizar acerca de este modo de juzgamiento, ya que excede la temática escogida, solo diré que aquí sí es obligatoria la audiencia preliminar, por ende, cada parte presentará su teoría del caso y se logrará esa depuración en la lista de testigos y demás diligencias probatorias, para llegar al juicio a discutir lo realmente importante.

Esa depuración es precisamente el fruto del contradictorio, y por eso podemos afirmar que el juicio por jurados es el modelo adversarial por excelencia. Hay en él una etapa específica para el litigio de cada una de las decisiones necesarias para el avance de un juicio:

– La admisibilidad de la prueba se litiga en la etapa intermedia, como acabo de desarrollar.

- La conformación del jurado se litiga en la audiencia del *voir dire*, o audiencia de selección de jurados.
- La prueba se produce directamente durante el juicio.
- La interpretación del derecho aplicable se litiga en la audiencia en la que se definen las instrucciones que el juez dará al jurado.
- Si el veredicto es condenatorio, la pena se litiga en la audiencia de cesura.

Otro punto característico del adversarial radica en la posibilidad de realizar el contraexamen del testigo, y así es como se ejerce verdaderamente el contradictorio, confrontando a ese testigo de la contraparte que, recién sometido al testeo, pasa a ser un testigo confiable para el juzgador –ya que antes solo había declarado lo que le preguntó la parte que lo propuso–.

En este contraexamen sí se podrán realizar preguntas sugestivas o indicativas, las que se encuentran vedadas en el examen directo.

El contraexamen –cuando el caso lo permite– implica superponer otra versión a los hechos relatados por el testigo, relevar aquella información que el examen directo ocultó, tergiversó o disimuló, lo que generará un contexto de hostilidad entre el testigo y el abogado que contrainterroga.

Emparentado con esta temática, debo destacar que en la práctica suele verse un mal uso de la incorporación por simple lectura de las

declaraciones recepcionadas durante la investigación penal preparatoria que atentan contra el contradictorio.

Se suele petitionar tal incorporación para cotejo, en los juicios orales, cuando el testigo declara algo distinto a lo que depuso durante la IPP, o cuando se omitió algo que antes se dijo y que a la parte le parece de importancia.

Y es aquí, entonces, donde se desvirtúa el contradictorio, porque lo que suele suceder es que desde el órgano juzgador se ordena la lectura al testigo del extracto requerido de lo que declaró anteriormente, se le recuerda que está declarando bajo juramento de decir verdad, y suele ocurrir que el testigo termina optando por su versión inicial, no porque la recuerde en ese momento, sino por el temor a verse imputado en una causa por falso testimonio, desvirtuándose por completo el acto testimonial. Y entonces ocurre –o podría ocurrir– que se termina imponiendo la versión de la IPP en la que la defensa no tuvo la oportunidad de intervenir a fin de efectuar el correspondiente contralor.

Esta es una mala práctica, y entiendo que los jueces deberían ser más restrictivos con la permisión de este mecanismo, que ni siquiera se encuentra previsto en el artículo 366, sexto párrafo, del Código Procesal Penal –en el que suelen fundarlo–, que se refiere al ingreso para cotejo de “la denuncia, la prueba documental o de informes, las filmaciones o grabaciones y las actas de inspección, registro domiciliario, requisita personal, secuestro y los reconocimientos a que

el testigo aludiere en su declaración durante el debate”, pero no a la declaración testimonial anteriormente prestada.

Algo similar ocurre con la incorporación por simple lectura de las declaraciones de quienes hayan fallecido al momento del juicio, o que no se encuentren ubicables –habiéndose agotado los medios para hacerlo–, prevista por el artículo 366, cuarto párrafo, del Código de procederes.

No puede soslayarse el tiempo que demora la realización del juicio oral –habitualmente, más de tres años–, ocurriendo con bastante habitualidad que los testigos muden su domicilio sin informarlo a la fiscalía, y hasta que –con menor frecuencia– fallezcan en ese lapso, lo que habilita la incorporación, conforme la cita legal mencionada en último término, que no exige demasiados requisitos para ello, incorporándose entonces testimonios sobre los que no se pudo efectuar el debido contralor.

Sin embargo, debe destacarse que ante este panorama desalentador para la defensa desde casi los albores del digesto procesal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso Benítez,⁸ ha fincado su criterio en cuanto a que no podrá utilizarse una declaración testimonial proveniente de la etapa de instrucción como elemento de cargo para fundar una sentencia condenatoria, si fue recepcionada sin posibilidad de control de la defensa, lo que indu-

8. B 1147. XL, "Benítez, Aníbal Leonel s/ Lesiones graves", causa 1524 del 12 de diciembre de 2006.

dablemente generó un gran avance hacia la consolidación del contradictorio.

Por último, la llamada Ley de Flagrancia (Ley N° 13.811, de 2008) consagra también el contradictorio en todo su esplendor, previéndose el mismo en las audiencias de excarcelación, de finalización y eventual prisión preventiva, en la preliminar (338 del rito) y en la de juicio.

Para concluir, entiendo que la única manera de asegurar la igualdad de armas en el proceso –primordial objetivo del modelo adversarial– impone una reforma legislativa que permita a la defensa ingresar prueba válidamente al proceso –tal como lo hace la fiscalía– con la consiguiente dotación al Ministerio de su propio equipo de investigadores y peritos, ello, por supuesto, sin perjuicio del valor convictivo que de tales probanzas efectúe el órgano juzgador, como así también que instituya el carácter obligatorio de la audiencia preliminar.

Solo así se logrará el enfrentamiento entre dos fuerzas que, en igualdad de condiciones, presentarán sus pruebas, argumentarán, controvertirán las del oponente y petitionarán ante el juez o tribunal imparcial la condena o absolución de la persona imputada.

Bibliografía

GARCÍA, M. (2021). “El juicio en el nuevo Código Procesal Penal Federal”. En: GARIBALDI, G. (dir.), *Códigos Acusatorios de Procedimiento Penal*. Buenos Aires: FD.

LUCERO, V. (2020). “¿Proceso adversarial? Sobre la recolección de evidencia por parte de la defensa”. En: *Pensamiento Penal*. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/49045-proceso-adversarial-sobre-recoleccion-evidencia-parte-defensa>.

ORTÍZ, L. (2020). “El principio de contradicción en el modelo adversarial y los avances propuestos en el nuevo Código Procesal Penal Federal”. En: *Revista en Ciencias Penales y Criminológicas*, N° 3. Recuperado de: <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=779ad30f9c5a822e4000237710d7046b>.

PENNA, C. y A. CASCIO (2017). “La etapa preparatoria y la admisibilidad de la prueba en el juicio por jurados y en sistemas acusatorios”. En: *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi.