

El descubrimiento de la evidencia en la investigación

Dr. Jorge C. Baclini

Sumario: I- Presentación. II- Panorama general. 1- La documentación de los actos en la IPP. 2- La previsión normativa. 2.1- Fundamento del descubrimiento. 2.2- Denominación. Definición. 3- El criterio objetivo de actuación del fiscal. III- Descubrimiento de la investigación. 1- Obligatoriedad para la fiscalía. 2- Procedencia del secreto en el legajo fiscal. Fundamento. 2.1- Actos en relación a los cuales el secreto es ilimitado. 2.2- Actos para los cuales nunca rige el secreto. 2.3- Las restricciones a la publicidad interna con respecto al querellante. 3- El querellante y la defensa: ¿tienen la obligación de mostrar su investigación? 4- Consecuencias del no descubrimiento. 5- Forma en que opera el descubrimiento: ¿automáticamente o a petición de parte? 6- Momento procesal en el que opera. 7- La reinstauración del secreto. 8- ¿Debe el fiscal formalizar en algún acto motivado el secreto? IV- Evidencia ofrecida para el debate. 1- La obligación del descubrimiento y el ofrecimiento de prueba. 2- ¿Puede la fiscalía convocar a los testigos que desconocía ofrecidos por la defensa? V- Documentación Limitada. 1- El problema de la documentación parcial. 2- El secreto en la identidad del testigo.

I- Presentación

El proceso penal tiene como objeto evitar sentencias erróneas, injustas y arbitrarias. El punto de partida entonces, es el principio de inocencia como desprendimiento del debido proceso. Se trata de que luego de un proceso justo no se condene a inocentes, que los culpables no queden libres y que las víctimas vean sus derechos a la verdad y la justicia con respuesta. En esta línea, la búsqueda de la verdad objetiva a través de las evidencias recabadas, sigue siendo la idea.

Esta postura no puede olvidar que el proceso penal como cualquier ámbito de la vida esta embuido de subjetividades propias de los actores como así también, que está regido de presiones sociales externas que se trasladan a través de los medios de comunicación. Lo cierto es, que estas circunstancias limitan o condicionan la actuación y esto se acentúa cuando el hecho es despreciable, sea por su mecánica o por la condición de vulnerable de la víctima (niño, anciano, discapacitado) y/o cuando el imputado tiene antecedentes o pertenece a un determinado grupo o sector social. Como resultado de ello, se producen consecuencias sobre la visión objetiva y subjetiva, que se traducen en influencia para los actores del proceso, no sólo sobre la policía y el fiscal sino también sobre la defensa y el juez.

Tampoco hay que dejar de lado el doble juego que impera, es decir, en un primer momento la presión opera en el esclarecimiento del caso en forma inmediata para detener al autor, no obstante cuando ese objetivo se logra la presión se traslada a los avatares de la investigación, a supuestas decisiones irregulares, etc., para finalmente imperar en la calificación legal y en la pena que se pretendió y en la que se impuso.

La pregunta entonces es, cómo se logra la meta, cómo se alcanza el equilibrio en un proceso acusatorio, entendiendo a éste como un proceso de partes, absolutamente bilateral y donde éstas se encuentran en un pie de igualdad. Solo es posible responder al interrogante si se entiende:

1- En cuanto al acusador público:

- ✓ Que tiene el *onus probandi*, es decir, la iniciativa probatoria tendiente a acreditar la responsabilidad penal.
- ✓ Que a su vez, tanto las pruebas como las medidas de investigación tienen que ser lícitas, lo cual implica prohibir el ingreso de aquellas que no lo son, y a su vez, el hecho de no justificar la corrupción por causas nobles.
- ✓ Exhibir sus cartas a la defensa.

2. La defensa por su parte, tiene los aspectos bien definidos:

Con la colaboración, aportes y notas de la Dra. María Laura Riccardo.

- ✓ La declaración material del imputado por un lado y la técnica por el otro.
- ✓ La petición al fiscal por parte de la defensa o el imputado, de la realización de medidas de investigación.
- ✓ La posibilidad de realizar su propia investigación, sea por iniciativa propia o por rechazo fiscal.
- ✓ Las normativas le dan potestad a la defensa para realizar peticiones a organismos públicos y privados.

Se arguye como desventaja que no tienen la posibilidad de trasladar testigos para sus entrevistas no obstante ante la negativa del fiscal podrán ocurrir ante el juez de la IPP.

El presente trabajo está realizado a base del derecho dinámico, esto es, las cuestiones que van surgiendo en la práctica jurídica diaria y que, por ese motivo, aún no hay uniformidad de criterios sino que por el contrario nos encontramos ante diversas respuestas y soluciones a los conflictos que se van presentando.

Se abordarán entonces, cuestiones que por ser novedosas, aún no encuentran gran respaldo doctrinario y jurisprudencial, al menos a nivel provincial y nacional. No obstante ello, en las citas se podrán observar, algunos de los artículos que si bien respaldan la actuación de los operadores del nuevo sistema, dejan puertas abiertas para dar diferentes respuestas a las cuestiones conflictivas y que se tratarán de desarrollar en el siguiente texto.

II- Panorama general

1- La documentación de los actos en la IPP

Entre los principales impactos que produjo el cambio de justicia penal, se encuentra la forma de documentar los actos en la investigación, ya no hay fórmulas sacramentales sino que por el contrario, se desformalizó¹ el modo de registro de la evidencia recabada. Esto sólo resulta lógico, si se entiende a la investigación como preparatoria del juicio oral.

Su fundamento radica en que durante la investigación se recaban evidencias que sirven para tomar las decisiones propias de la etapa y para que las partes evalúen la viabilidad del caso en un juicio. Las medidas de investigación las producen las partes y las documentan de la forma prevista, pero en las audiencias previas al juicio no llegan al juez en forma directa sino a través de las partes, no contando con valor para el juicio oral salvo para refrescar memoria y evidenciar contradicciones². Al respecto debe verse que no son prueba porque no se incorporan

¹ El CPPSF regula la cuestión en el art. 260 que luego de prescribir formas para los actos definitivos e irreproducibles dispone que “Las restantes diligencias de la investigación no guardarán otras formalidades que las exigidas por la reglamentación y por las instrucciones generales y especiales expedidas por el Ministerio Público Fiscal, salvo las que tuvieran una formalidad expresamente prevista en este Código”. Ello se complementa con el art. 131 que indica: “Las manifestaciones personales se recibirán en la forma y modalidad que asegure la cabal intelección de su contenido y publicidad en juicio. Se documentarán en la medida exigida por ley, por la reglamentación y atendiendo a la eficacia de su destino probatorio...”. Por lo dicho se puede deducir que habilita a documentar por cualquier medio, esto es: grabaciones de audio, filmación, de manera escrita, etc. siempre que asegure la reproducción en “juicio para el caso de que sea necesario utilizarlo”. Esta frase no luce acertada porque la circunstancia de introducir actos de la investigación en el juicio es extraordinaria. También el art. 147 en cuanto reglamenta las notificaciones, citaciones y emplazamientos, establece cuales son los requisitos y principios que deberán reunir las comunicaciones para ser válidas evitando los “excesos formales”.

En el orden nacional, el art. 154 que regula la declaración de testigos en la etapa preparatoria y establece de manera concreta que “...Para las declaraciones regirán las reglas del principio de desformalización, debiendo garantizarse el contenido de las mismas...”, mientras que el art. 197 dispone que el legajo de investigación fiscal “...No estará sujeto a formalidad alguna, salvo las normas practicadas sobre registro que dicte el Procurador General de la Nación”.

² En este sentido, debe mencionarse que el art. 326 CPPSF establece de forma expresa que los actos de la

al debate sino que es el testigo quien declara la circunstancia que allí consta regresando luego a la carpeta fiscal o de la defensa³. Por lo dicho cabe aclarar, que si bien rige el principio de informalidad de documentación, es sumamente importante la registración –en cualquiera de sus formas- ya que antes del juicio será la “hoja de ruta” con la que se preparará el caso y en el debate podrá ser utilizada para los dos objetivos antes previstos.

Las únicas excepciones son los actos sobre los cuales haya existido acuerdo probatorio y los anticipos jurisdiccionales de prueba.

La prueba que se produce en juicio es la evidencia recolectada durante en la investigación, la cual estará sometida al control de las partes bajo la tutela jurisdiccional.

Bajo este esquema la pregunta es por qué una parte debe mostrar las evidencias con las que cuenta a la otra y viceversa.

2- La previsión normativa

Lo que se conoce como **secreto de la investigación**, está directamente vinculado al expediente como forma de documentar de manera acabada y completa la instrucción en la cual un juez producía prueba, por lo que las reglas normativas eran escasas y sintéticas, en tanto era suficiente con regular la duración temporal y alguna prórroga.

Con el cambio de procedimiento, aquellas normas se filtraron en los nuevos textos acusatorios, sin advertir que al ser un proceso de partes en el cual no se produce prueba en la investigación, las estipulaciones no debieron haber sido las mismas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) en su artículo 8.5 escuetamente refiere en concreto que “... El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”; y en similar sentido se ha pronunciado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14 en tanto establece “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...”.

2.1- Fundamento del descubrimiento

En general puede afirmarse que el descubrimiento hace al **debido proceso**, en tanto son reglas que establecen el **equilibrio procesal** entre las partes que naturalmente son desiguales, es decir hace al *fair trial*.

Es propio del ejercicio del **derecho de defensa**, en especial al **control de la prueba**, en tanto para poder materializar acabadamente la defensa se hace menester conocer qué cartas tienen el contrincante para poder controlarlas en sí u ofreciendo prueba alternativa.

Bajo esta visión, el fundamento parece estar limitado para favorecer al defensor y al imputado y ello es cierto en aquellos lugares en los cuales las normativas prevén que el fiscal es

investigación no podrán ser incorporados por lectura al juicio y reza “...Solo podrán usarse en la sala de juicio por los litigantes, previa autorización del Tribunal, los documentos, dictámenes periciales, actas o cualquier otro soporte técnico en el que se hayan registrado actos o manifestaciones con anterioridad al juicio, en caso de que un testigo, perito o intérprete, olvide información relevante o para confrontarlas con su declaración actual...”.

³ El CPPN, regula el valor probatorio que debe darse a las evidencias recabadas en la investigación, estableciendo: “Las actuaciones de la investigación penal preparatoria no tendrán valor para fundar la condena del acusado. No obstante, aquellas podrán invocarse para solicitar o fundar una medida cautelar, plantear excepciones e instar el sobreseimiento”. Así las cosas, resulta lógico que el código autorice a invocar estas actuaciones sólo para cuestiones propias de la etapa preparatoria, pues bien, en juicio no podrán utilizarse sino que debe presentarse al testigo, quien depondrá sobre la declaración (que consta en un registro de la investigación) o en su caso, al perito que realizó el informe dentro del legajo fiscal.

el único sujeto procesal que puede producir medidas de investigación y ofrecerlas como prueba⁴.

Sin embargo, cuando la normativa autoriza a que la defensa forme carpeta de investigación⁵ lo que es más propio de un sistema bilateral, y ofrezca prueba que no fue controlada por la fiscalía, el derecho de control debe hacer entenderse como general siendo comprensivo de todas las partes. Es decir, que si el acusador debe mostrar su investigación lo mismo debiera hacer la defensa del imputado.

Hay posturas que sostienen que el fiscal no tiene derecho a controlar la investigación realizada por el defensor, que este último no tiene motivos para ventilar su estrategia y/o que no hay razón para mostrar sus cartas a la fiscalía. Detrás de esta afirmación se esconde el argumento de que al momento de acusar el fiscal se encuentra en un estado de certeza con respecto a la obtención de una sentencia condenatoria, y que por este motivo poco debiera importarle cuál es la línea defensiva para el imputado. Sin embargo ello es desacertado, pues bien en el debido proceso, la idea es que el derecho de defensa se efectivice para todas las partes sin desigualdades y de este modo, puedan prepararse para el debate cuyo escenario sea regido por la **buena fe procesal, evitando sorpresas**⁶. A lo expuesto se le suma la obligación que pesa sobre el órgano acusador de actuar con “objetividad”, lo que implica entre otras cosas, analizar todas las posibilidades que se presentan con respecto a una investigación.

En general, bajo los fundamentos esgrimidos queda claro que todo lo que hace a la **publicidad interna es la regla**, mientras que las pautas vinculadas al **secreto de la investigación** conforman la **excepción**. En otras palabras, la fiscalía tiene el deber de facilitar al imputado, la defensa y el querellante el **acceso** a las actuaciones que documentan la IPP con la **mayor anticipación, amplitud y libertad que el caso permita**, en fiel respeto del derecho de defensa que le asiste a todas las partes.

⁴ Así lo dispone la Constitución de Chile, art. 83 inc. 1º y el CPP en su art. 3º. De Igual manera y a modo ejemplificativo, también se puede mencionar el art. 220 CPP de Entre Ríos –Ley 9754- el cual establece que las partes deberán proponer las diligencias que pretendan al Ministerio Público Fiscal y expresa: “Las partes podrán ofrecer las diligencias que consideren útiles y pertinentes para la averiguación de la verdad. El Fiscal, en el término de tres días, ordenará su producción o notificará su denegatoria por decreto fundado al interesado, quien podrá solicitar su revisión por el Juez de Garantías argumentando sobre la pertinencia y utilidad en el plazo de cuarenta y ocho horas. Si así lo hiciere, se elevarán de inmediato los autos para resolver, sin más trámite, en el término de tres días. Dicha resolución será inapelable. No obstante, si se tratase de medidas de prueba que pudiesen ser perdidas definitivamente durante el trámite previsto en este artículo, las partes podrán producirlas con intervención de un escribano público. Estas actuaciones serán presentadas de inmediato ante el Juez de Garantías, quien ordenará su incorporación a la causa, si hubiese razón suficiente, mediante resolución fundada. Su denegatoria no impedirá el ofrecimiento de esta prueba en la etapa del Juicio”.

⁵ En el CPP santafesino, ley 12734, no existe un artículo que mencione de manera expresa la existencia un legajo de investigación que no sea el del Ministerio Público Fiscal. Sin embargo lo realiza de manera tácita, en tanto permite la realización de diligencias por parte de la querrela y la defensa y lo propio hace, cuando habla del ofrecimiento de prueba para el debate en el artículo 299. Sin embargo, el CPPN, en los arts. 200 y 227 regula expresamente la existencia de un legajo de investigación de las demás partes. Mientras tanto, la posibilidad de solicitar al fiscal la realización de alguna medida de investigación esta previstos en los arts. 227 y 128 inc. b: “Las demás partes podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y solo 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 prueba producida por la querrela se incorporará como anexo al legajo del Ministerio Público Fiscal cuando esta lo solicite; la defensa tendrá su propio legajo de prueba”.

⁶ Como ya se ha dicho, el juicio oral no es un escenario para ser sorprendidos, sino que por el contrario el espíritu de los sistemas adversariales, es impulsar a que las partes conozcan a las cartas con las que se van a encontrar en el debate y es por dicho motivo, que se insiste en conocer la evidencia que se va a ofrecerse en la etapa intermedia para el juicio oral. Es así que el art. 132 CPPSF regula el deber de lealtad en donde se prevé que las partes deben evitar incurrir en “conductas sorpresivas”.

La CSJN ha dicho que “la reserva o el secreto del sumario penal tienen carácter excepcional y solamente pueden imponerse en aquellos casos y dentro de las condiciones que las normas legales o reglamentarias establecen, ello deriva de la publicidad de los actos que caracteriza a la forma republicana de gobierno”⁷, destacando la Corte IDH que no se alcanzan los estándares de un juicio justo si se limita la facultad del defensor de intervenir con pleno conocimiento en todas las etapas del proceso⁸.

De esta forma, cualquier norma o regla relacionada con el secreto debe ser **interpretada restrictivamente**, es decir que se le debe dar amplitud a dichas cláusulas entendiendo que favorecen y facilitan la publicidad interna.

2.2- Denominación. Definición

Sin pretensiones de purismo técnico, parece importante dejar en claro **de qué se está hablando** cuando se aborda esta temática. En general puede verse que se trata de cuestiones relacionadas con la **publicidad de cualquier investigación**.

Se puede afirmar entonces, que cuando la misma versa sobre la posibilidad de acceso por parte de **terceros que le son ajenos** el tema se aborda como **publicidad externa** y se asocia más a la expresión **reserva de la investigación**⁹. En este punto, **la regla es la reserva** ya que el conocimiento de terceros puede afectar la eficacia de la investigación, encontrando también fundamento en la protección de la víctima - sea físicamente o de su intimidad- como así también de los testigos. Por otra parte, no puede dejarse de lado que la reserva tiene como razón el estado de inocencia, es decir con no la divulgación de datos se procura evitar dañar la imagen del imputado, sobre todo en los primeros momentos de la investigación¹⁰.

Mientras tanto, la relación establecida **entre las partes** sobre el conocimiento de la actividad investigativa que la otra parte realizó se denomina **publicidad interna** y se la ha vinculado más al término **secreto de la investigación**. Esta expresión es más propia del **sistema inquisitivo** porque se asocia a los **límites con respecto a la actividad de las partes** que imponía el **juez de instrucción** sobre su investigación, en la que cada acto que materializaba, constituía prueba por lo que el secreto estrictamente hacia a la **imposibilidad de controlar la producción de la prueba** por parte de la defensa.

En consecuencia, teniendo en cuenta que se trata de un **proceso diferente** en el cual el **régimen de publicidad interna es muy disímil** en tanto, por regla, no hay producción de prueba en la investigación, parece más lógico adecuar la denominación -y por cierto también las normas- al acusatorio. Así, en los sistemas con más dilatada trayectoria el nombre que se usa es **descubrimiento**.

Descubrimiento **significa dar a conocer**, de forma tal que en el proceso penal se

⁷ CSJN, 01/04/1997, T. 320, P. 484.

⁸ Corte IDH, caso “Loayza Tamayo”, 17/09/1997.

⁹ De este modo ha de entenderse el art. 258 CPPSF, pues con respecto a la reserva de la investigación el mismo establece: “Los actos de la investigación y su documentación serán secretos para quienes no sean parte en el procedimiento o no tuvieran expresa autorización para conocerlos”. Además de lo dicho con anterioridad, esto es, la publicidad interna y externa, el código plantea la situación de que personas que sin ser parte, tengan un interés legítimo en la investigación y resulten habilitadas y aprobadas por la autoridad para intervenir en la investigación. En la misma línea está el art. 200 del CPPN con la correcta salvedad que hace en relación a las audiencias que por regla son públicas.

¹⁰ Lo cierto es que luce bastante difícil hacer realidad esta afirmación, en tanto todas las audiencias en las etapas previas al juicio son orales y públicas por lo que la exhibición del imputado o como mínimo sus datos de identidad y el hecho atribuido quedan divulgados. Otro motivo es que los medios de comunicación masiva difunden el hecho y sus intervinientes ahora no sólo de fuentes informales sino también de las audiencias. Una tercera circunstancia puede verse en que es en ocasiones el imputado y a veces sus familiares son los que salen a divulgar todos los datos que afectan el estado de inocencia.

materializa a través de la revelación de todos los actos que documentan la investigación de una parte hacia la otra y viceversa.

Esta definición nos deja varias puertas abiertas que son las que procuran cerrar -o al menos entornar- en este artículo.

3- El criterio objetivo de actuación del fiscal

En los sistemas continentales, al fiscal se le impone –tal como fue adelantado- actuar con objetividad¹¹, a diferencia de las demás partes. Como su propio término lo indica, se trata de una clara y evidente limitación a la pretensión subjetiva que debería tener cualquier parte procesal.

Ahora bien, su contenido en el **sistema inquisitivo** era equiparado a la **imparcialidad** que es propia de los jueces, valoración que emergió como algo natural porque el fiscal era una figura de acompañamiento de las decisiones que adoptaba el juez de instrucción, quien dada su calidad de juez debía ser imparcial. En los **sistemas mixtos**, la doctrina tradicional elaboró un concepto de **objetividad formal**, ya que afirmaba que ello se evidenciaba con la potestad que tenía el fiscal de **no acusar o de poder recurrir a favor del imputado**.

El paso a un **sistema acusatorio** hace que deba redefinirse la objetividad. En resumidas cuentas hace a la **buena fe procesal**, y significa entre otras cosas, **la obligación del fiscal de mostrar su investigación a la defensa**.

La objetividad debe verse como el deber que se le impone al fiscal de mostrar sus cartas a la parte contraria, lógicamente ello limita su actuación pero fundamentalmente ejerce un control material sobre el fiscal que sabe que todo lo que hizo va a quedar en evidencia en algún momento del proceso. De forma tal que se emparenta con que el fiscal tiene la **obligación de hacer una evaluación correcta del caso decidiendo archivar o acusar**, es decir definiendo la persecución.

Por otra parte, se relaciona con la obligación del fiscal de hacer un **exhaustivo control de las medidas de investigación** y consecuentemente de las pruebas que puede ofrecer **erradicando las ilícitas**.

Se trata además, de **aniquilar la corrupción por causas nobles**, es decir, aquella que acepta la conducta irregular y hasta ilícita en la recopilación de la evidencia por la gravedad del hecho o características del imputado, donde la demanda social aumenta y se hace necesario llegar a una condena. Es la antigua postura que el **fin justifica los medios**, en función de la cual se **relajan las garantías** en favor del interés social de la persecución del delito y del delincuente.

Finalmente, la objetividad significa la **visión amplia del fiscal** sobre el caso, no limitada a una sola línea, lo que los anglosajones llaman el **tunnel vision**.

III- Descubrimiento de la investigación

1- Obligatoriedad para la fiscalía

No hay dudas que el **fiscal tiene obligación de descubrir todo y sin límites a la defensa** porque representa la persecución penal del Estado defendiendo el **interés social** por lo que debe actuar bajo **pautas éticas** que hacen a la publicidad, la **transparencia y el control**, lo que se ha denominado en el sistema acusatorio como **criterio objetivo de actuación**.

¹¹Así lo establece la Ley 13013 que crea el nuevo Ministerio Público de la Acusación en Santa Fe al enumerar los principios básicos que regirán su actuación, en el art. 3 inc. 1: “Objetividad. Requerirá la justa aplicación de la ley, guardando la vigencia equilibrada de todos los valores jurídicos consagrados en la Constitución y la Ley”. En igual sentido lo hace el CPPN en su art. 196: “El representante del Ministerio Público Fiscal dirigirá la investigación preparatoria con un criterio objetivo, procurando recoger con celeridad los elementos de cargo o descargo que resulten útiles para averiguar la verdad”.

Para hacer válida tal sentencia, hay que destacar que el fiscal no puede ocultar nada, tiene que **mostrar la evidencia de cargo y las de descargo**, es decir la totalidad. No puede negarse bajo el pretexto que no la va a ofrecer como prueba o que arrojó resultado negativo, en tanto la utilidad, conducencia y pertinente hace a la valoración de cada parte¹².

Una situación que puede plantearse es que la fiscalía no tenga en su poder un determinado documento ni su copia porque éste no le fue entregado o se autorizó a que lo detente una entidad pública o privada. En ese caso, se le debe autorizar a las restantes partes a que se presenten en la entidad respectiva a examinar el documento y en su caso hasta extraer copias. Es decir, la fiscalía no puede resguardarse para impedir el descubrimiento de la evidencia a la defensa en que no la tiene en su poder o bajo su custodia¹³.

2- Procedencia del secreto en el legajo fiscal. Fundamento

La pregunta es si es posible y/o necesario que el fiscal en determinados momentos, mantenga la reserva de su investigación, o dicho en otras palabras cuáles son el o los motivo/s por los que el fiscal deba mantenerla en reserva. La respuesta a este interrogante será el norte que guiará todo lo que pueda decirse en relación al tema.

Pueden encontrarse dos razones básicas para que el fiscal no revele su investigación: a) la protección de las evidencias recabadas o a recabar; b) la protección de la víctima y testigos. Es decir, el secreto guarda relación con la **eficacia de la investigación en general**.

En **específico**, puede afirmarse que algunos casos se hace necesario que el fiscal no revele a la defensa y al imputado lo que ha investigado, por cuanto ello podría **afectar, dañar o perjudicar medidas de investigación en curso** (ej. intervención telefónica) o **próximas a producirse** (ej. un allanamiento). Desde esta visión la duración temporal del secreto, como se

¹² En EUA las reglas son similares aunque no totalmente coincidentes. En "Brady v. Maryland" (1963), la Corte Suprema sostuvo que la supresión de la evidencia que sería favorable a un acusado viola la cláusula del debido proceso de la XIV Enmienda y amerita la celebración de un nuevo juicio. Por otro lado, cuando las pruebas no es favorable, su supresión no entra en "Brady". La información se considera favorable si hay una probabilidad razonable de que el resultado del proceso sería diferente si la información se ha incluido. En 1985, la Corte Suprema, en el caso "Bagley" ajustó "Brady" sosteniendo que el deber de un fiscal de revelar evidencia favorable de material existe independientemente de si el acusado hace una petición específica. La diferencia significativa entre Brady/Bagley es que el primero requería que sea "a petición del demandado", lo que fue eliminado en "Bagley". Sin embargo, sigue siendo "práctica" estándar en casos federales por los abogados defensores para presentar una "carta" al Gobierno solicitando descubrimiento poco después de la acusación. Esta práctica está en conformidad con "órdenes permanentes" en los tribunales federales de distrito que requiere el Gobierno para cumplir con las solicitudes de descubrimiento defensa.

¹³ Un ejemplo práctico de ese caso, representan los elementos que se envían al Laboratorio Biológico para su posterior análisis. Es decir, una vez que el personal de rastros lo secuestra, se remiten al laboratorio con el fin perseguido durante la investigación (ADN, dermatost, manchas con apariencia de sangre, etc.). Luego de analizarlo, el bioquímico/a eleva un informe a la fiscalía detallando el resultado al cual se arribó. Por lo general, al pie del informe, se expresa que los elementos quedan debidamente conservados en el laboratorio por si en un futuro las partes desean repetir el examen o en su caso realizar uno diferente. Hasta ese momento, los elementos obran en poder de la fiscalía. Por su parte, el art. 295 del CPPSF, establece que con la acusación se deberán acompañar los documentos y medios de prueba que se tuvieron. Claro es, que si el fiscal pretende ofrecer como evidencia el cuchillo que se analizó, debería pedir el objeto y remitirlo al depósito judicial para que las partes pueda observarlo en el plazo común. Sin embargo, este traslado, hace que el fiscal corra al menos dos riesgos: 1) perder la cadena de custodia; 2) contaminar el objeto probatorio. Por otro lado, si el fiscal no indica donde se encuentra el cuchillo, podría correr el riesgo de no ser aceptado en la audiencia preliminar por una objeción de la contraria. Es por ello, que para cumplir con lo establecido por el artículo y a su vez permitir el debido resguardo del objeto y/o la realización de un nuevo examen del elemento de parte de la defensa, bastaría con un oficio al laboratorio en donde se informe que esa evidencia queda a disposición del tribunal y de las demás partes. De este modo, sin mostrar materialmente el cuchillo, se indica donde se encuentra para que la contraria pueda ejercer el derecho de defensa y evitar la contaminación del objeto.

verá, se aprecia como más limitada y acotada.

En el restante supuesto específico, la no divulgación tiene como fundamento la **protección de la víctima y/o un testigo** que declare contra el imputado y cuyo descubrimiento podría ponerlo en riesgo o condicionar su testimonio¹⁴ (v. punto IV 2).

De lo expuesto se advierte que *el secreto es una excepción que sólo procede cuando se den esos presupuestos, por lo que la regla es la publicidad interna del legajo de investigación del fiscal, porque ello favorece y facilita la defensa en juicio.*

2.1- Actos en relación a los cuales el secreto es ilimitado

En las normativas procesales de Argentina no existe ninguna que prevea limitaciones a la obligación de mostrar las evidencias que tiene la fiscalía.

En cambio, por ejemplo la Fiscalía Nacional de Chile dictó la instrucción general N° 60/2014, del 23/01/2014, en que dispone que las medidas de protección a la víctima y sus familiares no son medidas de investigación y por tanto no tienen que ser reveladas, ocurriendo lo propio con las comunicaciones entre fiscales entre sí o con sus superiores o auxiliares.

Mientras tanto, en Colombia existe una regulación legal al respecto. El artículo 345 establece una serie de restricciones al descubrimiento de la prueba por parte de la fiscalía en cinco incisos.

1. Información sobre la cual alguna norma disponga su secreto, como las conversaciones del imputado con su abogado, entre otras.

2. Información sobre hechos ajenos a la acusación, y, en particular, información relativa a hechos que por disposición legal o constitucional no pueden ser objeto de prueba.

3. Apuntes personales, archivos o documentos que obren en poder de la Fiscalía o de la defensa y que formen parte de su trabajo preparatorio del caso, y cuando no se refieran a la manera como se condujo una entrevista o se realizó una deposición.

4. Información cuyo descubrimiento genere un perjuicio notable para investigaciones en curso o posteriores.

5. Información cuyo descubrimiento afecte la seguridad del Estado.

2.2- Actos para los cuales nunca rige el secreto

Existen actos para los cuales el secreto nunca tiene vigencia, es decir se autorizaría siempre la presencia de la defensa y la querrela en su desarrollo. Ello implica que las partes podrán asistir al acto para ejercer control pero no genera una apertura amplia del legajo¹⁵.

Una primera clase de actos son aquellos en los cuales se **requiere la intervención del imputado**, como por ejemplo puede ser la audiencia de imputación de cargo, un reconocimiento en rueda de personas, etc.

Una segunda clase versaría sobre los **actos que demandan un control de la defensa**

¹⁴ El art. 174 del CPPSF, prevé el supuesto de que un testigo pueda sufrir represalias al prestar su declaración, por lo cual establece que las partes podrán solicitar al Tribunal que se preserve su intimidad. En dicho caso, el Tribunal analizará el motivo y dispondrá –en caso de que así lo considere- las instrucciones precisas para que se pueda dar cumplimiento a la medida estipulada para con el testigo. Mientras tanto el art. 80 al regular los derechos de la víctima prevé el de protección. El CPPN regula la protección de la víctima, sus familiares y los testigos que depongan en su interés en el art. 79 ap. c.

¹⁵ El legislador se preocupó tanto por aquellos casos en donde lo que está en juego el control de las medidas de investigación como consecuencia de las garantías del imputado, que previó desde el inicio de la investigación la obligación de comunicar al defensor aquellos actos que resultares irreproductibles y/o definitivos. Es así que ya en los Deberes y Atribuciones de la policía, reguló esta situación en donde el art. 268 inc. 6 dispone: ..”Poner en conocimiento el Fiscal las informaciones y diligencias practicadas, requiriendo su autorización para realizar aquellas medidas probatorias que por su naturaleza sean definitivas e irreproducibles, y deberán colectarse con control de la defensa, si el imputado estuviera individualizado...”.

para su realización como podrían ser pericias que sean irrepitibles por la consumación del objeto, anticipos jurisdiccionales de prueba¹⁶, etc.

2.3- Las restricciones a la publicidad interna con respecto al querellante

Inicialmente podría pensarse que al jugar el secreto en relación a la eficacia de la investigación, su restricción debería operar solamente en relación al imputado y su defensa.

No obstante, el fiscal podría hacer extensiva la limitación también en relación al querellante. Si bien **luce inicialmente irrazonable** que éstos quieran **perjudicar la eficacia de la investigación**, la afirmación no opera siempre y en todos los casos ya que una pretendida víctima constituida como querellante puede llegar a ser investigada en el hecho a la luz del avance de la investigación. La circunstancia si bien se presenta como excepcional puede ocurrir.

De otro extremo, puede decirse que aun cuando el querellante no tenga responsabilidad penal en el hecho, ello no implica que pueda querer perjudicar la investigación y su evolución porque ella aunque sea indirectamente puede llegar a afectarlo.

De ello debe admitirse que es el fiscal la parte procesal que establece si el secreto es limitado solamente al imputado y a su defensor o también se extiende contra el querellante.

De otra parte, la circunstancia que no haya imputado individualizado en una investigación no debería establecer la existencia de un secreto *sine die* sino que el mismo debería durar el tiempo necesario para proteger el éxito de las medidas de investigación dispuestas o a disponerse. Por tanto, cumplidas las mismas debe ceder el secreto y se le debería autorizar al querellante a acceder a la investigación.

3- El querellante y la defensa: ¿tienen la obligación de mostrar su investigación?

En principio y para poder responder a este interrogante, hay que distinguir si la querrela y/o la defensa, van a ofrecer prueba o no para el debate. En caso negativo, no se vería afectado ningún derecho al no exhibir la investigación, pues el Ministerio Público Fiscal, nada tiene que controlar, ya que esa investigación a juicio nunca llegará.

La disyuntiva se presenta si las demás partes van a ofrecer en la etapa intermedia medios de prueba, existiendo para el caso dos posturas bien contrapuestas, a saber:

a) Un sector indica que si el querellante y/o la defensa van a **ofrecer prueba para el debate** en la etapa intermedia tienen la **obligación de mostrar la documentación** de la misma. Para ello, se toma como punto de inicio el concepto completo de parte, esto es con pretensiones subjetivas y no cabe duda que querellante y defensa e imputado no tienen las limitaciones propias de la objetividad que rige la actuación del fiscal. Es decir, que si el **querellante** ha obtenido de su **investigación evidencia desincriminante, no tendría obligación de mostrárselas** a la defensa ni al fiscal, salvo que las ofrezca como prueba¹⁷. Lo mismo ocurriría con la **defensa y el imputado**. Si de su investigación obtuvieron **evidencias incriminantes no tendrían la obligación de descubrirla a los acusadores**.

b) Otra doctrina es más extrema y señala que al ser partes con pretensiones plenamente subjetivas, **no existiría obligación alguna de descubrir las medidas de investigación** que hayan obtenido en su carpeta.

La primer postura es la más adecuada en tanto que el fundamento del descubrimiento es

¹⁶ El anticipo jurisdiccional se encuentra regulado en el art. 298 CPPSF. Mientras tanto los actos definitivos e irreproducibles en el art. 260, disponiendo las formalidades que deben llevarse a cabo al documentar.

¹⁷ El resguardo de evidencias que no va a ofrecer como prueba el querellante no deja de tener sus peligros, en tanto ello podría redundar, mala fe procesal mediante, que el fiscal, violando la objetividad, no recabe ni incorpore a su legajo una evidencia desincriminante y si lo haga el querellante.

que la otra parte tenga la posibilidad de ejercer su control sobre la prueba y ello sólo es viable cuando se puede acceder previamente a la documentación del acto o al contacto con la evidencia, lo que posibilita tal preparación para el juicio y evitar el **factor sorpresa** (tal como se anticipó en el punto II 2.2). Así lo establece por ejemplo, el artículo 132 del CPPSF “*es deber de las partes y de sus representantes comportarse en el curso del procedimiento penal de acuerdo a los principios de lealtad, probidad y buena fe, evitando incurrir en actitudes sorpresivas o conductas que impliquen un abuso del derecho procesal...*”.

En esta dirección puede observarse que para un **correcto contra-examen** es necesario saber quién es el testigo y así evaluar la credibilidad de su persona, como así también el contenido de lo que versará su declaración para criticar su percepción de los hechos o bien, evidenciar contradicciones. Lo propio ocurre con la pericia.

Resulta obvio que no hay obligación de mostrar las evidencias que no se ofrecen porque ello hace la visión estratégica de la parte que ejerce pretensiones subjetivas. No se pretende que el querellante y/o la defensa ventilen su investigación completa, sino más bien, la prueba que se van a ofrecer para el juicio oral como evidencia de su teoría del caso¹⁸.

El descubrimiento juega aquí una perspectiva relevante ya que el acceso previo a la documentación del acto le va a **permitir a las contraparte objetar la oferta** misma de la prueba en la **etapa intermedia** por ser impertinente, inconducente, ilegal o sobreabundante.

4- Consecuencias del no descubrimiento

Para el **fiscal**, como ya se vio, conforma **una obligación**, por lo que si no descubre o lo hace parcialmente incurrirá en **falta grave**¹⁹, por lo que tendrá consecuencias desde el ámbito **disciplinario y administrativo**²⁰.

Mientras tanto para **todas las partes** (incluso el fiscal) el no descubrimiento debería acarrear la **imposibilidad de que la prueba sea aceptada**, ya que impide que las partes ejerzan control sobre la pertinencia, sobreabundancia, inconducencia e ilegalidad -o no- de la prueba ofrecida. Asimismo, hay que tener presente que la sorpresa en materia de prueba, imposibilita la preparación adecuada de los contraexámenes a testigos y peritos, es decir, el efectivo control de la prueba²¹.

¹⁸ LORENZO, Leticia, “Manual de Litigación”, edic. Didot, 1ª ed. 3ª reimp., Bs. As., 2014, define a la Teoría del Caso como la versión propia de cada litigante una vez llegados a Juicio, y asimismo comenta que deben asumirse una serie de cuestiones que deben tenerse en cuenta desde el inicio para poder trabajar en forma eficiente, esto es: ser simple, consistente y no contradictoria.

¹⁹ El art. 132 CPP de Santa Fe dispone que superado el período de reserva, los integrantes del Ministerio Público Fiscal deberán permitir a las partes y a su solicitud, todos los elementos de convicción de cargo y descargo que hubieren reunido o conocido a lo largo de todo el procedimiento penal, considerándose falta grave su ocultamiento. Ello en concordancia con el art. 52 de la ley 13013 - Ministerio Público de la Acusación- en donde se considera falta grave el incumplimiento y correlativamente se imponen sanciones.

²⁰ El art. 186 del Código Procesal Penal de Chile expresa: “Cualquier persona que se considerare afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación”. No obstante, se aprecia que no se impone sanción alguna para el fiscal que incumpliera dicha normativa. En este artículo se observa una clara diferencia con respecto a nuestra normativa ya que, si bien le ordena al fiscal informar con respecto al estado de la causa, lo cierto es que no se prevé sanción para el funcionario que incumpliera con esta disposición.

²¹ Así lo prevé expresamente el art. 346 del CPP de Colombia cuyo título es sanciones por el incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento. “Los elementos probatorios y evidencia física que en los términos de los artículos anteriores deban descubrirse y no sean descubiertos, ya sea con o sin orden específica del juez, no podrán ser aducidos al proceso ni convertirse en prueba del mismo, ni practicarse durante el juicio. El juez estará obligado a rechazarlos, salvo que se acredite que su descubrimiento se haya omitido por causas no imputables a la parte afectada”.

Pero si la defensa y/o el querellante no hicieron el descubrimiento de la prueba ofertada en la audiencia previa al juicio, el juez no debería excluir automáticamente la oferta de prueba ya que podría afectar el derecho de defensa, por lo que resulta más pertinente que le indique a la parte que en ese momento debe hacer entrega de la documentación a la fiscalía y a las restantes partes, bajo apercibimiento de rechazarla por no cumplir –en el caso de la normativa provincial– con lo establecido por el artículo 299 CPPSF²². Este rechazo, no se trata de un mero cumplimiento a un requisito formal, sino que lo que se afecta es el derecho de defensa entendido en un sentido amplio. Es que de no consignarse los datos del testigo, de modo que este pueda ser ubicado, elimina la posibilidad de que la contraparte lo requiera para entrevistarle en cuanto a lo que sabe y/o vio. Por otro lado, al no establecer para que fin se ofrece la evidencia, también limita a la posibilidad de control que deben ejercer las partes, pues si no se sabe que se pretende probar poco se podrá objetar en cuanto a su pertinencia y de este modo, la audiencia preliminar queda reducida a una mera enunciación de testigos y objetos materiales sin que cumpla su verdadero fin, esto es: ser el eje del juicio oral. La objeción de impertinente, es la que las partes deberían hacer. Así las cosas, si las partes no descubren la documentación de la prueba que ofrecida, no debe ser admitida para el juicio oral ya que se estaría violando el derecho de defensa debido entre las partes y la igualdad.

5- Forma en que opera el descubrimiento: ¿automáticamente o a petición de parte?

Una vez que se dan los presupuestos legales, opera el **cese del secreto de la investigación** fiscal de forma tal que las partes tienen el derecho de poder acceder a la misma. Sin embargo, ello **no implica una tarea activa del fiscal** en el sentido que tiene que informarles a las demás partes que el legajo está a disposición, sino que la actividad corresponde a las partes. Se trata de un **derecho que las partes pueden o no ejercer**.

Ahora bien, si la fiscalía no accede al pedido de las partes a exhibirle el legajo, la única forma de **reclamo es ocurrir ante el juez de la investigación**, más allá de las responsabilidades administrativas y disciplinarias en las que incurrirá el fiscal. El juez previo a citar a audiencia debería intimar al fiscal para que permita el acceso dentro de un lapso no mayor a 48 horas y si ello no ocurre deberá convocar a audiencia en las próximas 48 horas.

Con respecto a la exhibición del legajo, vale decir que para algunos el **fiscal debería documentar -en una especie de recibo- que autorizó a la parte a ver el contenido del legajo**, con ello se debe registrar a qué actos se accedió y la fecha en que ello ocurrió. Al respecto debe decirse que tal conclusión luce equivocada, en tanto que al ser un derecho de las partes se entiende que si no presentaron reclamo es porque no existió inconveniente alguno al respecto. No obstante ello se recomienda su utilización, ya que podría ocurrir que la defensa manifieste que si bien accedió al legajo de investigación no fue sobre la totalidad de los actos. Desde esta perspectiva, es que se muestra conveniente la registración de lo que se exhibe y/o se presta para fotocopiar, detallando la fecha y a los actos, informes, declaraciones, pericias, etc, a que se accedió²³.

²² El art. 245 CPPN es más limitado ya que refiere a la lista de testigos, peritos e intérpretes que deben ser convocados al debate y a la cesura, indicando nombre, profesión y domicilio, pero no la circunstancia que con su relato se pretende probar, lo que sin dudas deberá ser evaluado en el juez para admitir la prueba en la audiencia preliminar.

²³ En este caso, se utiliza la palabra recibo para hacer referencia a la constancia que elabora el representante el Ministerio Público Fiscal del legajo que entrega a la defensa y/o querrela. De este modo, dicha constancia deberá expresar: a) la fecha en que se retira el legajo; b) El N° de CUIJ y/o identificación a la investigación que pertenece; c) fiscal a cargo de la investigación; d) cantidad de fojas que el legajo contiene al día de la fecha; e) el detalle de constancias que tiene el legajo y de ser posible en que foja se encuentra (ej.: acta de procedimiento N° 444 del Comando (f 01) , Entre vista a.....(f 25), actas de audiencia (f 46), etc.).

6- Momento procesal en el que opera

Lo primero que hay que destacar es que la investigación estricta puede dividirse en dos momentos: antes o después de la formalización. La formalización comienza cuando el fiscal imputa el hecho a una persona por cuanto la tiene como presunta responsable de un hecho ilícito (art. 221 CPPN).

La **etapa anterior a la formalización** se caracteriza, por regla general, por ser preliminar, desformalizada, **reservada** y sin la participación de los demás intervinientes ni del juez de garantía. Es decir los **únicos actores son el fiscal y la policía** que actúa bajo las órdenes del fiscal.

Sentado ello, se aprecia que **distintas posturas** transitan en relación al momento procesal en que debe operar el **descubrimiento por parte del fiscal**. Una de ellas indica que es en la **etapa intermedia** y la restante es con la **formalización de la investigación**.

La **primera** hay que descartarla de plano por cuanto desde los fundamentos del secreto (III.2) no tiene mayor sentido no dar a publicidad a las partes la investigación fiscal hasta un momento tan avanzado del procedimiento²⁴. Es más podría ello perjudicar la misma investigación fiscal ya que la dejaría en una visión única (el *tunnel vision*), además de que no facilitaría el contradictorio durante la investigación convirtiendo al fiscal en un nuevo juez de instrucción, cuyo actos no podrían ser controlados por las partes y consecuentemente por el juez.

La **formalización de la investigación** es el acto a partir del cual el fiscal imputa un hecho con características de delito al sujeto investigado, le hace conocer las evidencias con las que cuenta para avalar la imputación y los derechos que le asisten.

Parece lógico que para **poder materializar adecuadamente la defensa**, tanto el imputado como su defensor cuenten con la posibilidad de acceder a la investigación una vez que ésta ha llegado a un estadio cuya evolución puede desencadenar en consecuencias negativas.

No luce necesario que **antes de la formalización la defensa tenga acceso en tanto que no hay nada que discutir, debatir ni controvertir**. En otras palabras, si el descubrimiento tiene como finalidad facilitar el contradictorio, hasta que no existan audiencias no tendría sentido fijar o establecer que deba haber obligación de descubrir por parte del fiscal. No obstante, como es cierto que la noticia que tiene una persona que hay una investigación desencadenada en su contra le genera un estado de incertidumbre y que el mismo no puede quedar librado al arbitrio del fiscal, es bueno que las **normativas procesales limiten el secreto fiscal en la investigación sin formalizar**. Así, puede establecerse que el imputado solicite que se formalice la investigación y que si en un tiempo prudencial ello no ocurre el fiscal tenga la obligación de descubrirla.

Luego de la formalización y, en la medida que comienza a haber audiencias en donde las partes tienen que contar con el conocimiento del legajo fiscal para poder controlarlo y contradecirlo, se hace necesario que se tenga acceso a la investigación fiscal (art. 197 CPPN).

Es más, puede verse que si se prevén audiencias orales durante la investigación la reserva carece de sentido. Ello así puesto que el fiscal le va a tener que revelar al juez cuáles son los elementos con los que cuenta para sostener, por ejemplo, una medida cautelar.

En esta inteligencia debe afirmarse que en las investigaciones por hechos comunes no hay nada que ocultar por lo que el secreto no tendría mayor sentido.

²⁴ Sin embargo el CPP de Colombia en el art. 337.5 indica que la oportunidad para descubrir la prueba por parte de la fiscalía es la audiencia de formulación de acusación.

7- La reinstauración del secreto

Desde los fundamentos mismos que hacen al secreto, en especial la salvaguarda de actos de investigación en curso o a producirse, puede destacarse que el mismo necesariamente podría llegar a **reinstaurarse en forma previa a la realización de la medida cuya eficacia podría malograrse** de llegar a conocimiento de las partes. Es que si no existiera esta posibilidad el fiscal quedaría con las manos atadas para la realización de medidas de investigación específicas como ser allanamientos de morada, intervenciones telefónicas o interceptaciones de correspondencia por cuanto el conocimiento del imputado de estas medidas directamente las frustraría.

Ahora bien, la pregunta es cuál es la forma para implementarlo. Opera únicamente a decisión del fiscal sin control de la defensa. En realidad la mejor forma de instrumentar la prórroga o la reimplantación del secreto de la investigación, para **evitar posibles arbitrariedades del fiscal**, es través de la **autorización que debe conceder el juez de la investigación en una audiencia inaudita parte**²⁵. Es más advirtiéndole que los motivos por los cuales puede llegarse a ser menester **restablecer el secreto se fundan en medidas de investigación que requieren autorización judicial al petitioner las mismas al juez el fiscal debería solicitar la extensión del secreto**. De forma tal que si el juez autoriza a realizar la medida en el mismo acto debería evaluar si es necesario definir la prórroga.

Bajo esta visión, otro punto que queda por definir es por **cuánto tiempo** podrá disponerse la reimplantación del secreto. Algunos códigos establecen un tiempo fijo que es de **10 o 15 días**. Sin embargo, la **rigidez en los plazos no es buena** ya que podría ocurrir que la medida de investigación en función de la cual se dispone el secreto podría llegar a durar menos o más tiempo. No obstante, como tampoco es lógico disponer una extensión del secreto muy extensa por lo luce atinando que se disponga un tiempo máximo que debería ser 30 días prorrogables por otro tanto²⁶.

Para ilustrar lo dicho, es pertinente hacer mención al **artículo 201 del nuevo CPPN**, el cual establece *“Si resultara indispensable para garantizar el éxito de la investigación, el representante del Ministerio Público Fiscal, por resolución fundada y por única vez, podrá disponer de la reserva total o parcial del legajo de investigación por un plazo no superior a DIEZ (10) días consecutivos..”*. Seguidamente el artículo establece prórrogas, excepciones y el modo de petitioner la reserva que, con total sentido, es de manera unilateral.

La otra cuestión que guarda relación es la aparición de un **nuevo imputado en relación a quien no se haya formalizado la investigación**. En estos casos el fiscal debería observar si es necesario o no reimplantar el secreto. Es que debe tenerse en cuenta que los actos de la investigación ya han sido divulgados a las partes y si no hay medidas de investigación que puedan frustrarse por el conocimiento, lo que ya de por sí ameritaría su reimplantación, no tendría mayor sentido disponer restricciones.

8- ¿Debe el fiscal formalizar en algún acto motivado el secreto?

En los sistemas acusatorios la **investigación es desformalizada** de lo que se infiere, en general, la **inexistencia de decretos y provincias** que ordenan la realización de las medidas de investigación que dispone el fiscal.

Si bien las normativas disponen que los actos del fiscal deben ser fundados y motivados ello hace a lo que son decisiones, por ejemplo el archivo fiscal.

De otro extremo puede verse que si **se impone la obligación de que el fiscal funde en**

²⁵ La denominación de audiencia sin partes es desacertada.

²⁶ El CPP de Perú en el art. 324.2 establece 20 días prorrogables por otro tanto con autorización judicial. El CPP de Chile en el art. 182.3 dispone que el secreto puede extenderse hasta 40 días.

un decreto las razones por las que impone el secreto ello puede tener como directa consecuencia la **revelación del motivo y con ello la frustración de la medida**.

Por tanto, no se aprecia como necesario que el fiscal dicte algún decreto o proveído ordenando el secreto y cuando así lo hiciera no se impone que lo funde, ocurriendo lo propio si es dispuesto por autorización judicial.

A pesar de ello el artículo 201 del CPPN manda al fiscal a dictar una resolución fundada, resultando sumamente complejo establecer cómo se funda la necesidad de la prórroga sin ventilar las medidas de investigación que se pretenden proteger, por lo que debe entenderse que se trata de una formalidad.

IV- Evidencia ofrecida para el debate

1- La obligación del descubrimiento y el ofrecimiento de prueba

Bajo estas valoraciones del descubrimiento, **no rige para la fiscalía la obligación de ofrecer las pruebas de descargo**. Es decir, si el imputado y su defensor han podido acceder al legajo de investigación del fiscal y a todos los actos que allí se encuentran documentados, constando evidencias de cargo y las de descargo, emerge nítido que al estar allí satisfecho el criterio objetivo de actuación, cesa su obligación de ofrecer las pruebas que son desincriminales ya que esa tarea le incumbe al defensor.

Lo importante es observar la existencia de evidencias que puedan ser valoradas como desincriminales y que, al no fortalecer la teoría del caso del fiscal, se hace innecesario que éste las ofrezca como prueba en el juicio, es más no tiene sentido.

Al respecto puede señalarse que el fiscal al acusar debió haber efectuada una correcta valoración del caso y su proyección de condena en el debate oral, lo cual comprende el análisis de la totalidad de las evidencias que se producirán en el juicio.

2- ¿Puede la fiscalía convocar a los testigos que desconocía ofrecidos por la defensa?

Puede presentarse el caso que la defensa no indique al fiscal que tiene determinados testigos y llegado el momento de la audiencia previa al juicio los ofrezca como prueba.

La pregunta es si la fiscalía, como autoridad que persigue los delitos, puede convocar al testigo para recibirle una entrevista. La circunstancia puede ser razonable en tanto puede ocurrir que la contra parte haya realizado la documentación del acto de manera muy escueta o limitada únicamente a lo que era de su interés, o que directamente la defensa, por una cuestión estratégica, no haya documentado el acto.

En **sentido negativo** se argumenta que la etapa de investigación ya finalizó y si la fiscalía no encontró al testigo esa era su responsabilidad. Esta respuesta es objetable en tanto parte de una premisa falsa para elaborar una conclusión. Esta premisa es que la fiscalía necesariamente tiene que encontrar a todos los testigos de un hecho o que éstos se van a presentar en forma espontánea a declarar lo cual no es real. Puede ocurrir -y de hecho ocurre- que en numerosas ocasiones los testigos por circunstancias particulares no muestran interés en tener contacto con la institución del Estado que persigue delitos, de forma tal que si no hay otras personas (testigos y/o imputados) que coloquen a estos testigos en el hecho no podrán ser identificados por la fiscalía. Con ello, el imputado, sus familiares y hasta la defensa misma son apreciados como más amigables por el testigo y éste se muestra con más interés para declarar.

Desde la visión que aquí se sigue la fiscalía como poder del Estado encargado de perseguir penalmente los delitos **no puede verse limitada a no entrevistar testigos** en forma previa al juicio oral, entender lo contrario sería dejarla en inferiores condiciones afectando el derecho de defensa y la igualdad entre las partes (hay que tener presente que las demás partes cuentan con la documentación de toda la evidencia recabada por la fiscalía).

Todo ello se agrava, si se tiene en cuenta que el primero en producir prueba en el debate, es el órgano acusador, y que la defensa podría ofrecer para el juicio “testigos en blanco”, esto es, personas que adecuaran su relato -según la estrategia defensiva- luego de que declaren los testigos de la fiscalía. Siguiendo esta línea y en perjuicio de la defensa, podría ocurrir que el testigo de igual manera iba a deponer sobre las proposiciones fácticas afirmada por la contraria, pero al no estar el registro previo, la declaración cuanto menos resulta sospechosa, lo que seguramente será argumentado de esta forma al momento de expresar las conclusiones en los alegatos finales.

Por lo dicho, se insiste en que esta desventaja, se vería subsanada si previo al debate se entregaran copias de las declaraciones de los testigos o en su caso, se entrevisten en la fiscalía.

Como segundo punto, está claro que la **defensa** -como todas las partes- al momento de ofrecer prueba, tiene la **obligación de consignar**, todos los **datos de identidad del testigo y su domicilio**, detallando incluso, el o los hechos que el testigo va a probar con su relato. La omisión de cualquiera de estos extremos debe deparar en la no aceptación por parte del tribunal, de la prueba ofrecida porque impide a las partes el poder ejercer su derecho de defensa y viola el *fair trial*.

Ahora bien, un tercer interrogante se presenta: Qué pasa si el **testigo no concurre a la fiscalía**. Si el testigo no responde a la citación que le hizo la fiscalía ésta debe ordenar su traslado por la fuerza pública y si aun así no se logra su comparecencia se le debe iniciar una causa por testigo reticente (art. 243 CP) por un lado y por el otro llegado el juicio debe plantearse la situación ante el juez del debate y solicitar, de ser necesario, un tiempo para preparar el contraexamen incluyendo su incomparecencia como línea interrogativa²⁷.

En este orden de ideas, como **cuarta variante**, si el testigo, **responde a la convocatoria pero no declara** también se le hará saber que comete el delito de testigo reticente y se preguntará el motivo de tal actitud para dejarlo asentado en su acta de entrevista. Así las cosas, si el testigo responde que lo hace por consejo del abogado defensor, sea hace necesario además evaluar su responsabilidad como instigador de aquel delito.

V- Documentación Limitada

1- El problema de la documentación parcial

Cuál es la forma más adecuada para documentar los actos a los fines de que la documentación limitada, parcial y/o acotada conforme una **manera encubierta de violar la obligación del descubrimiento del legajo fiscal**.

Por cierto, no hay una respuesta uniforme y homogénea a este interrogante ya que al ser una de las características de la investigación que sea desformalizada, la carencia de formas predeterminadas genera que las partes, incluso el fiscal, pueden documentar los actos de la forma y manera que consideren que es la más adecuada. Ello no es un defecto sino una virtud del sistema y tiene su necesidad en ratificar lo dicho con anterioridad, es decir que las evidencias recabadas durante la investigación no son prueba, ya que no están sometidas al control de las partes ni estuvo presente el juez que va a juzgar el caso. No está demás señalar que las fiscalías pueden tener reglamentaciones en las que dispongan la forma de documentar los actos más con ello tampoco se logra evitar la consecuencia que aquí se trata que es **birlar el**

²⁷ En la Resolución N° 64/15 emitida por el Fiscal Regional del Ministerio Público de la Acusación de la 2da. Circunscripción de Rosario, se establecen las pautas de la actuación fiscal en la etapa intermedia. Vale decir, que la circunstancia de armar un contrainterrogatorio en el que una de sus líneas sea la incomparecencia del testigo, no es para dejar de manifiesto la mala fe de la contra parte -esto es la violación a la igualdad de armas, en tanto no consignó la declaración previa del testigo- sino que al menos resulta sospechoso que el testigo se niegue a declarar ante el órgano acusador, pero de repente empiece a declarar una serie de circunstancias en juicio. Así las cosas, debe ser dejado en evidencia por la fiscalía para evaluar la credibilidad de sus dichos en los alegatos de clausura.

control de la parte en el relato de un testigo por la escasa o limitada documentación del acto.

El fiscal puede documentar el acto en un acta escrita que detalle la entrevista en su totalidad, puede grabar al testigo dejando constancia en un acta suscripta por éste de su presencia, puede grabar una conversación telefónica que mantuvo con el testigo o bien puede haber dejado una simple nota de lo que el testigo dijo saber en relación al hecho²⁸.

Lo cierto es que más allá de la documentación del acto, lo importante para el control entre las partes es que se conozca con el mayor detalle posible el contenido sobre el cual el testigo va a deponer en el juicio. Y ello no hay forma de regularlo o preverlo expresamente por dos circunstancias. Una de ellas es porque las partes tienen la posibilidad de realizar su propia investigación y si consideran que la entrevista al testigo no satisface sus necesidades de control tendrán la posibilidad de convocarlo para ampliar sus dichos. La restante es una limitación que hace a la propia parte relacionada con el uso limitado que tendrá de esa declaración previa en el juicio ya que dado su sumario contenido no podrá utilizarla para refrescar memoria y tampoco para mostrar contradicciones en caso que el testigo se le torne hostil.

Por último debe destacarse que si el fiscal actúa de esta manera en forma intencional, es decir lo hace para limitar el acceso de la defensa al conocimiento del acto, está violando el deber del descubrimiento y con ello el criterio objetivo de actuación por lo que estará sometido a las sanciones disciplinarias y administrativas que correspondan.

2- El secreto en la identidad del testigo

En caso de complejidad en la investigación y/o cuando se afecten derechos de integridad y seguridad físico-psíquicos, y/o la integridad personal de víctima y/o testigos, y/o existan líneas de investigación en las que haya medidas probatorias pendientes de concreción; se podrá disponer la reserva parcial²⁹. La misma no podrá en ningún caso alterar el contenido del testimonio o cualquier acto procesal.

A tales fines se podrá: a) omitir o testar datos personales de testigos y/o víctimas, como así también datos puntuales cuya revelación afectaría la futura realización de medidas probatorias. b) restringir el acceso al contenido de las declaraciones en lo que no tenga directa relación con el objeto de la investigación y que si podría ser de utilidad para otra investigación en curso o a iniciarse. En ambos casos y a tales efectos, se proporcionará las entrevistas suprimiendo³⁰ la identidad de los testigos, sin alterar el contenido del relato o se podrá tachar prolijamente en las declaraciones, todo lo relativo a datos personales de testigos y/o víctimas o que sean esenciales para la investigación, dejando una debida constancia en las mismas de las tachas, con la finalidad de resguardar su integridad y la de sus familiares, cuando el caso así lo requiera. En caso que la defensa plantee su disconformidad por no tener la totalidad de los datos obrantes en las declaraciones que fueran testadas considerando vulnerado su derecho de defensa

²⁸ Se estima que no es conveniente los registros filmicos de los testigos, al menos los que muestren su rostro, por cuanto al tener circulación entre las partes, pueden llegar a filtrarse y llegar a las redes sociales y a los medios de comunicación y con ello se pondrían en peligro su seguridad.

²⁹ En este sentido, se expide el CPP de Salta –Ley 7690–, en tanto expresamente pone en cabeza del Fiscal la protección del testigo, en donde para hacerla efectiva, le permite suprimir la identidad de un testigo de manera transitoria. ART. 291: “Es responsabilidad del Fiscal la protección de los testigos, peritos, intérpretes y demás sujetos de prueba que deban declarar en la causa. A tal fin, está facultado para proteger la identidad del testigo y solicitar las órdenes inhibitorias o las resoluciones ordenatorias que fueren menester, sin perjuicio de procurar ante el Juez de Garantías la inmediata detención de quien corresponda o las medidas que considere indispensables a ese fin. Igualmente podrá solicitar la reserva de la identidad y demás datos de los sujetos de Prueba, a lo que sólo podrán acceder las demás partes con autorización del Juez de Garantías por resolución fundada”.

³⁰ En el ámbito Nacional, el Código Procesal Penal, en el último párrafo del art. 154 se establece que la reserva de la identidad de los testigos solo podrá mantenerse hasta el momento de la declaración en juicio.

podrá recurrir al Juez, sin que el fiscal levante la reserva pertinente.