



Centro de Estudios de Justicia de las Américas

LINEAMIENTOS PARA UN CÓDIGO DE ÉTICA EN LA LITIGACIÓN PENAL ORAL



EMBAJADA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN ARGENTINA



© 2022 Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)
San Pio X 2460 oficina 1602, Providencia, Santiago de Chile
Tel. +(56 - 2) 274-2933
www.cejamericas.org

© 2022 Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs of the U.S.
Embassy in Argentina (INL)
<https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-civilian-security-democracy-and-human-rights/bureau-of-international-narcotics-and-law-enforcement-affairs/>

ISBN: 978-956-8491-94-9

Propiedad Intelectual - Derechos Reservados del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

Esta publicación se distribuye gratuitamente en el marco de la cooperación internacional con el Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs of the U.S. Embassy in Argentina (INL)

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo intergubernamental del Sistema Interamericano, con autonomía técnica y operativa, que tiene como misión apoyar los procesos de reforma y modernización de los sistemas de justicia en las Américas. Su sede está en Santiago de Chile y sus miembros son todos los países integrantes activos de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

CEJA fue creado el 15 de noviembre de 1999 por resolución de la Asamblea General de la OEA. Las Cancillerías de los Estados Miembros dieron cumplimiento de ese modo al Plan de Acción de la Segunda Cumbre de las Américas (1998) y a las recomendaciones de la Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas (REMJA).

CEJA brinda asistencia técnica a los Gobiernos, Poderes Judiciales, Ministerios Públicos y otras instituciones de justicia; elabora estudios técnicos y genera evidencia empírica; facilita procesos de cooperación a nivel regional; e imparte capacitación especializada a los/as operadores/as y tomadores/as de decisión de las políticas públicas en materia de justicia en los países de las Américas.

La Oficina Internacional de Asuntos Antinarcóticos y Aplicación de la Ley (INL, por sus siglas en inglés) del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América ayuda a los países a fortalecer sus respectivas capacidades para fortalecer la justicia y la lucha contra el delito complejo y las organizaciones criminales transnacionales. En este sentido, INL trabaja con más de 90 países socios para combatir el crimen organizado y la corrupción en todo el mundo, contrarrestando delitos tales como el narcotráfico, la ciberdelincuencia y el lavado de activos.

En el marco de un acuerdo bilateral de cooperación firmado en 2004 entre el Gobierno Argentino e INL, la embajada de los EE.UU ha trabajado junto al gobierno argentino, organizaciones internacionales y regionales, organizaciones no gubernamentales, y agencias judiciales estatales y federales de los EE. UU para lograr estos objetivos.

Entre los socios institucionales de Argentina se cuentan el Ministerio de Seguridad, el Ministerio de Justicia, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa, además de universidades de todo el país y dependencias de gobiernos de provincias tales como Salta, Jujuy, Santa Fe, Misiones y Mendoza.

Contenido

PRESENTACIÓN	7
ÉTICA Y LITIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL ADVERSARIAL	11
CAPÍTULO 1	
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ÉTICA DEL ABOGADO EN EL ÁMBITO PENAL	15
Relación entre cliente y abogado desde las reglas del ejercicio de la abogacía	19
Los compromisos del abogado frente al caso y el cliente	25
Conflictos de intereses en el ejercicio profesional	31
Responsabilidades especiales de un fiscal	36
CAPÍTULO 2	
BÚSQUEDA DE INFORMACIÓN PARA EL DEBATE EN AUDIENCIAS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. VARIABLES ÉTICAS RELEVANTES	49
Ideas Iniciales	49
Búsqueda de información	69
Relaciones del Fiscal con los Organismos Policiales de Investigación	72
Negociaciones Penales	84
CAPÍTULO 3	
EL EJERCICIO ÉTICO EN LA LITIGACIÓN PENAL EN AUDIENCIAS	101
La ética de La Teoría del Caso	102
Las audiencias	110
El principio de contradicción y sus límites éticos	115
Tratamiento posterior de las audiencias	126

CAPÍTULO 4

ACTUACIÓN DE LA JUDICATURA

133

La Deontología aplicable en la actuación judicial	133
Proactividad del juez de garantías y tribunal oral	137
Conducta profesional a lo largo del proceso penal acusatorio	141
Uso de redes sociales y sus límites éticos en un proceso judicial	157
Reflexiones finales	162

Presentación*

La ética es una concepción valorativa que orienta el accionar humano. Es intersubjetiva en el sentido que, si bien comprende una reflexión individual, se construye cotidianamente entre las personas, por lo cual es fundamental retroalimentarla a nivel social e institucional.

La naturaleza propia de la justicia exige que los/as operadores a cargo de brindarla, además del profundo conocimiento y aplicación de las normas jurídicas, tengan un desempeño ético. Las decisiones que a cada operador/a le corresponde adoptar en casos penales, civiles, de familia, comerciales, tributarios o de otras materias, impactan en la vida de las personas, por lo cual es esencial contar con estándares éticos en la administración de la justicia.

El desempeño ético es particularmente relevante en el ámbito de la justicia penal, por el papel que ejercen jueces/as, fiscales y defensores/as respecto a las víctimas e imputados/as. La privación de la libertad es un elemento crítico donde el actuar ético de los/as operadores de justicia se pone a prueba en contextos que pueden comprender altos niveles de presión social.

Esta publicación titulada *Lineamientos para un Código de ética en la litigación penal oral* profundiza en el análisis de la ética en el desempeño de los/as operadores de la justicia en el sistema acusatorio adversarial, planteando estándares y reglas para guiar la conducta ética en las audiencias orales. Ha sido elaborada en el marco del proyecto "Implementación del sistema acusatorio en la justicia federal de Argentina", que ejecuta el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), con el apoyo técnico y financiero de la agencia International Narcotics and Law Enforcement (INL) de la Embajada de Estados Unidos en Argentina, cuyo objetivo es asistir técnicamente en la implementación del nuevo Código Procesal Penal Federal en Argentina, el cual acoge un sistema acusatorio y adversarial.

Entre otros aspectos, este libro aborda la relación entre los/as litigantes y clientes, formulando lineamientos para el desempeño ético de los/

* **Nataly Ponce Chauca**, Directora Ejecutiva, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

as fiscales o defensores/as en el trato con la víctima e imputado/a, respectivamente. En este acápite se recuerda que la actuación profesional de estos/as operados es una obligación de medios y por ello prometer el triunfo al cliente/imputado es éticamente reprochable. En consecuencia, se demanda de los/as fiscales y defensores la representación consciente desprovista de conflictos de intereses-, el estudiar la causa, brindar asesoramiento y diseñar la estrategia, todo lo cual repercute en el prestigio profesional -uno de los bienes más preciados por los/as litigantes para su solvencia en el campo de las audiencias orales-.

Este estudio también ahonda en la búsqueda, la recolección de información y la obtención de la evidencia, donde la ética de los/as operadores de justicia puede verse comprometida, con énfasis en la entrevista, el debate de las medidas cautelares, y la preparación de los testigos y peritos. El puntapié para la obtención de información se encuentra en la entrevista de los/as defensores con sus clientes. En ella, la confidencialidad y el conflicto de intereses asumen protagonismo. La situación particular de un/a cliente privado de libertad convoca a una actuación éticamente más cuidadosa y estratégica. En esta lógica, este material sistematiza buenas prácticas que incluyen la confidencialidad de la información que no guarda relación con la estrategia, entre otras.

Por otro lado, este material desarrolla un análisis de los estándares éticos de la fiscalía en la entrevista tanto con la víctima y con el/la imputado/a; además de las reglas éticas cuando un/a fiscal se entrevista con un/a testigo o perito/a. Se analizan los distintos escenarios en que los/as fiscales desarrollan sus tareas, lo cual es vital para el asentamiento de las bases y principios éticos que regulan su obrar. Frente a ello, se advierte sobre los criterios éticos que enfrenta la defensa y los tribunales en similares escenarios.

Asimismo, el libro analiza los escenarios a los que se enfrentan los/as litigantes y les sitúa en áreas sensibles de la litigación en audiencias “*donde resulta imprescindible tener en cuenta los principios éticos y reglas de mejores prácticas que van a tener efecto sobre el sistema de justicia*”. En cuanto a las audiencias, se proponen estándares éticos en las relaciones entre las partes durante la audiencia, ya sea entre contrincantes, éstos y los/as testigos y el público. En ese contexto, se profundiza en la gesticulación indebida, el uso ético de las objeciones, de las impugnaciones y de los registros previos, entre otros aspectos.

La publicación finaliza con el estudio de los dilemas éticos que enfrentan los/as jueces/as en su labor cotidiana en un sistema por audiencias. En esa línea se expresa, *“ese control ejercido por jueces y juezas penales sobre los actos que requieran ejercicio jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o materialización de estos, demarca a su vez los deberes legales y el estándar ético de las actuaciones de funcionarios y funcionarias judiciales”*. Así, se analiza el desempeño ético del juez por cada tipo de audiencia, considerando que los lineamientos éticos varían en cada una de ellas. En este ámbito, un aporte relevante es la propuesta los estándares éticos para los jueces/as respecto a la publicidad de las audiencias, las diligencias y los hechos en investigación, lo cual exige la ausencia de sesgos de género que afectan la imparcialidad en la actuación jurisdiccional.

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) cuenta con un nuevo Plan Estratégico 2022-2026, el cual establece como un eje temático prioritario de la institución: la integridad y ética en las instituciones de justicia. En este marco, esta publicación constituye un aporte sustantivo del trabajo que CEJA viene desplegando en esta temática, y que será fortalecido progresivamente, por ser la ética, integridad e independencia de las instituciones de justicia, pilares fundamentales de la democracia en las Américas.

Expresamos nuestro agradecimiento a Delia De Castro, Rafael Blanco, David Fernández Mena y Helena Hernández, colaboradores de CEJA para esta publicación, por el gran trabajo realizado. También, nuestro agradecimiento a Jérémie Swinnen y Sol Osuna -representantes de INL Argentina de la Embajada de EEUU en Argentina- por su apoyo a este material, que sin duda contribuirá a fortalecer el adecuado desempeño profesional de los/as operadores de la justicia en la Argentina y la región.

ÉTICA Y LITIGACIÓN EN EL PROCESO PENAL ADVERSARIAL**

En los últimos treinta años, la mayoría de los sistemas de justicia penal de la región debió readecuar sus prácticas y estructuras organizativas a partir de la implementación de Códigos Procesales Penales de carácter acusatorio y adversarial. Este modelo de enjuiciamiento creó un nuevo escenario de trabajo para todas las instituciones de la justicia penal y por lo tanto generó una tensión importante en el modo de sustanciar el proceso.

En una primera etapa, las reformas a la justicia penal se concentraron en entregar materiales y programas de formación en técnicas de litigio en el juicio oral para litigantes. Esto obedecía al hecho de que la mayoría de los Códigos de primera generación concentraron sus esfuerzos en fortalecer la oralidad en la etapa de juicio y regular con mayor especificidad el modo en que éste debía desarrollarse. Este es el caso de países como Guatemala (1992), Costa Rica (1996), Paraguay (1998), Venezuela (1998) y Bolivia (1999), que se caracterizaron por mostrar la nueva cara del sistema a partir de la oralidad en juicio.

En un segundo momento de desarrollo de los procesos de cambio, los esfuerzos estuvieron centrados en ampliar la oralidad hacia las etapas previas al juicio. De esta manera, los llamados Códigos de segunda generación se abocaron a regular audiencias orales para la discusión y toma de decisiones durante la investigación penal preparatoria. Chile (2000), República Dominicana (2002), Perú (2004), Colombia (2004) y Panamá (2008) son algunos ejemplos de países que adoptaron este cambio y extendieron la oralidad para todas las etapas del proceso penal. Por lo mismo, se generaron un conjunto de prácticas y debates asociados a los problemas y desafíos del litigio en las audiencias preliminares.

En la actualidad, en donde países como México (2014), Argentina (2014) o Uruguay (2014) ya han avanzado hacia textos procesales penales de tercera generación, las discusiones en torno a la oralidad y litigación se

** **Leonel González Postigo**, Coordinador Proyecto INL Argentina.

han vuelto mucho más específicas y permiten su análisis desde la experiencia acumulada en treinta años de avances y retrocesos en la región.

Una de las áreas problemáticas y poco abordadas dice relación con el ejercicio ético del litigio en el proceso penal acusatorio y adversarial. Así como se ha asentado la práctica de la oralidad en todas las audiencias del procedimiento, lo cierto es que han surgido un conjunto de discusiones y escenarios imprecisos atinentes al rol de los jueces, fiscales y defensores en el ejercicio de sus funciones. A diferencia de otros procesos, en la justicia penal hay actores privados e institucionales, que por ejemplo están regidos por un principio de objetividad tal como es el caso del Ministerio Público. Este tipo de exigencias vuelve necesario clarificar cuáles son sus alcances y límites. Por lo mismo, esta publicación parte de la base de la experiencia reunida en las últimas décadas en la región y sobre ella se propone sistematizar las distintas variables éticas que pueden darse en la litigación.

Ahora bien, es relevante aclarar que se trata de un texto sustantivo que tiene como objetivo dar cuenta y problematizar alrededor de estas variables, en la idea de sentar las bases para un Código de Ética; es decir, no se trata de una publicación de carácter normativo, aunque se proponen estándares éticos y en algunos temas específicos se sugieren reglas que pueden iluminar la solución de problemas. Por consiguiente, a lo largo del texto se hacen referencias a fuentes tales como las Reglas Modelo de Conducta Profesional de la American Bar Association o el Código de Deontología de los Abogados Europeos del Consejo de Colegios de Abogados de la Unión Europea, entre otros.

En este sentido, se han seleccionado cuatro áreas específicas que comprenden las principales dimensiones del trabajo ético de los distintos actores del proceso penal:

- 1. La relación entre el cliente y su abogado.** En este primer capítulo se abordan todas las variables relativas a la ética del abogado en el ámbito penal, dando cuenta -entre otros aspectos- de la comunicación entre un cliente y su abogado, la confidencialidad de la información, los conflictos de intereses, las responsabilidades especiales de un fiscal, la posibilidad de que el abogado pueda presentarse como testigo en un proceso judicial penal o la regulación de los honorarios.

- 2. La recolección de información para el litigio.** En el segundo apartado de la publicación se abordan los límites éticos en la búsqueda de información para el debate en audiencias. Particularmente, se concentra en el trabajo de los litigantes alrededor de las audiencias, problematizando en torno a la recolección de evidencia, los criterios para el acceso a los legajos de investigación, la presencia del abogado defensor en la recolección de evidencia del fiscal o el uso de declaraciones previas.
- 3. La litigación en las audiencias.** La tercera parte del texto se preocupa de analizar el ejercicio ético en la litigación al interior de las audiencias del proceso penal acusatorio. En concreto, aborda áreas como la ética en la teoría del caso, el consentimiento informado, el principio de contradicción y sus límites éticos, los testigos vulnerables y el tratamiento posterior a las audiencias.
- 4. La actuación de la Judicatura.** El cuarto capítulo de la publicación se concentra en la función de los jueces y las juezas en relación a los límites éticos en su actuación. Por ejemplo, aborda los alcances en su función proactiva en las audiencias preliminares, el trato a las partes, los sesgos de género como una forma de afectación a la imparcialidad, los deberes de los jueces y las juezas ante sujetos en situación de vulnerabilidad y los límites en el uso de las redes sociales.

Para el desarrollo de este trabajo se formó un equipo de trabajo compuesto por expertos y expertas de distintas nacionalidades y con trayectorias profesionales diversas que enriquecieron el proceso de construcción de este texto: Delia De Castro (capítulo 1), Rafael Blanco (capítulo 2), David Fernández Mena (capítulo 3) y Helena Hernández (capítulo 4).

Con el objetivo de armonizar los abordajes, se adoptaron un conjunto de definiciones metodológicas que se expresan a continuación y que permitirán advertir al lector sobre el modo en que se conceptualizan determinados términos a lo largo de la publicación:

Buena práctica	Un proyecto o acción que ha funcionado dentro de una o varias organizaciones, de la cual se tiene alguna base objetiva para decir que es efectiva y tiene el potencial para ser replicada entre otras organizaciones.
Mala práctica	Un proyecto o acción que no ha funcionado dentro de una o varias organizaciones, de la cual se tiene alguna base objetiva para decir que no es efectiva y no debiese ser replicada entre otras organizaciones.
Recomendación	Una propuesta de abordaje de un proyecto o acción sobre la cual se ha advertido, en base a la experiencia o evidencia empírica, que requiere un cambio o la incorporación de nuevas estrategias para su perfeccionamiento.
Deber legal	Una obligación que emana de una norma y que por lo tanto tiene un carácter mandatorio; sin perjuicio de lo cual se puede proponer una nueva forma de interpretación o aplicación.
Regla o estándar ético	Un impedimento que emana de una norma; aunque también pueden considerarse, a modo ejemplar, lineamientos o estándares a nivel internacional en esta materia.

Por último, es importante señalar que este texto tiene como pretensión sentar ideas y bases para un futuro Código normativo, en tanto los actuales Códigos de Ética Profesional son cuerpos legales muy asociados a la regulación de requisitos para el ejercicio de la profesión. Por lo mismo, en este texto se ha procurado abordar áreas en donde ya existen ciertas reglas consensuadas, pero también hacerse cargo de temas que requieren mayor profundización ya que se tratan de materias nuevas y propias de los sistemas acusatorios adversariales que demandan ideas y estándares muy específicos.

CAPÍTULO 1

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ÉTICA DEL ABOGADO EN EL ÁMBITO PENAL¹

Aspectos introductorios

En el ejercicio de la profesión de abogado, especialmente quienes que se dedican a la litigación en la esfera penal (en la que se presentan casos con una diversidad de matices que afectan los bienes jurídicos más preciados de la sociedad), se enfrentan a dilemas éticos con mucha frecuencia, pues si bien al Ministerio Público Fiscal le corresponde perseguir el delito y ejercer la acción penal ante los tribunales, los fiscales que lo integran -que no dejan de ser seres humanos- parte del conglomerado social, con relaciones e intereses, tienen el deber legal de efectuar esa persecución verificando que la situación amerite la intervención del Estado y cuando los elementos probatorios así lo indiquen, siempre respetando la garantía del debido proceso.

Por otro lado, si bien toda persona tiene derecho a la defensa, independientemente del delito que presuntamente haya cometido, es preciso que la representación, ya sea que recaiga en la defensa pública o en abogados del sector privado, resulte efectiva. En consecuencia, quien haga frente a la causa como letrado ante los tribunales, debe ser una persona que no solamente tenga el conocimiento jurídico para cumplir con la misión, sino que lo haga alejado de prejuicios o sesgos e intereses que vayan a nublar su entendimiento o su capacidad de ejercer de modo adecuado la tarea asignada.

1 **Delia A. De Castro D.**, Abogada. Magíster en Derecho con especialización en Ciencias Penales de la Universidad de Panamá y Magíster en Derecho con especialización en Litigación Oral de California Western School of Law, San Diego, California, Estados Unidos de América.

En el caso de las víctimas, cuando pueden acceder a representación legal, ya sea oficiosa (en los casos que determina la ley) o particular en el rol de querellante, quien las represente debe cumplir el mismo estándar antes mencionado sobre el conocimiento jurídico y la ausencia de prejuicios, lo que se suma a una sensibilidad especial, un entendimiento del rol de la víctima en el proceso penal, de sus derechos, así como de las condiciones de vulnerabilidad que pueden rodearla y cómo procurar superarlas para efectos del proceso penal.

Constituye entonces un deber ético del abogado litigante, ya sea fiscal, defensor o representante de víctima, verificar ante cada caso que asumirá, por un lado, si existe algún conflicto de interés o alguna limitante que vaya a comprometer la buena representación de su cliente en la causa y, por otro, determinar si puede verse comprometida su integridad, su reputación o imagen como abogado dada la actuación que corresponderá desplegar.

A partir del momento en que se acepta representar a una persona y, por ende, sus intereses en el proceso penal o que corresponde asumir la tarea como parte de un equipo institucional, se está asumiendo la responsabilidad de:

- En el caso de los fiscales: llevar la causa con objetividad durante la investigación, pero una vez se cuente con elementos que permitan establecer que efectivamente se dio un delito y que hay personas presuntamente responsables, es también un deber promover las salidas alternativas disponibles y, de no ser esto viable, litigar la causa en juicio con las mejores herramientas posibles, bajo el entendido que se procura la sanción, proporcional y necesaria, de quien o quienes perpetraron la conducta punible y con ello violentaron el ordenamiento jurídico penal y no de inocentes. En todo el contexto del proceso penal deberá tener presente el fiscal el respeto a los derechos fundamentales, a las reglas del debido proceso, así como la atención y protección a la víctima del delito.
- En el caso de los defensores: realizar las gestiones dirigidas a preservar el ejercicio uno de los derechos individuales más preciados como lo es la libertad personal de circulación o mo-

vilidad (sin perder de vista que en el terreno de la labor que realiza también se encuentran en riesgo el patrimonio, el ejercicio profesional, la guarda y crianza de los hijos, entre otros aspectos que pueden verse comprometidos producto no solo de la posible sanción principal que se enfrente, sino de las accesorias); propiciar también el uso de las salidas alternativas en caso de ser esto posible y que en la eventualidad de que una condena sea altamente probable, que dicha limitación de libertades sea lo menos prolongada posible.

- En el caso de los representantes de víctimas: procurar que se respete su espacio y sus derechos en el proceso penal, atendiendo a las condiciones de vulnerabilidad, estando anuente a la aplicación de salidas alternativas y velando por que se propicie la reparación o resarcimiento cuando esto resulte posible.

En atención a lo anteriormente descrito, no es poca cosa ser litigante en lo penal.

Ya sea que la representación inicie producto de la solicitud de la persona que enfrenta el proceso penal, de la víctima, de un familiar o por designación institucional, corresponde asumirla a conciencia, comprometerse con el estudio de la causa, brindar una asesoría adecuada y diseñar una estrategia que le permita hacer la mejor intervención procesal posible, de forma tal que, aun cuando no se logre el objetivo definido inicialmente (pues recordemos que en el proceso penal no estamos solos, hay una contraparte a la que enfrentar y un juez o un tribunal colegiado que toma la decisión final), debe quedar no solo la sensación, sino evidencia, de que se hizo todo el esfuerzo posible y viable para alcanzar un buen resultado, pero teniendo presente que éste, al final, no depende integralmente del abogado.

Ética y prestigio profesional del abogado

La buena reputación o el prestigio del abogado debería ser directamente proporcional al ejercicio ético de la profesión.

En la litigación penal el prestigio profesional se construye con la actividad que se realiza caso a caso. Dependerá en gran medida del ejercicio apegado a las reglas técnicas, al conocimiento del derecho, pero también de asumir los casos con arrojo, responsabilidad² y procurando,

en la medida de lo posible, empatía con la situación de su representado o representada, de forma que sepa que, sin que el conflicto se transforme en un tema personal, se procurará hacer todo lo posible, lícitamente, para ayudar a superarlo.

También conlleva asumir apropiadamente la representación legal del cliente durante el proceso (no solo dejar que pase), presentarse adecuadamente preparado para la realización de las audiencias, expresar buenos argumentos relacionados con el objeto concreto del debate, manejar derecho de fondo y técnicas de litigación, controvertir técnicamente la prueba, respetar a la contraparte y al tribunal, no presentar quejas infundadas contra los funcionarios, pero formalizarlas cuando hay lugar a ello.

La buena reputación se consigue, además, conociendo y utilizando los instrumentos legales disponibles para enfrentar la causa, sin abusos o excesos ni generando dilaciones indebidas, sino buscando un pronunciamiento judicial justo y oportuno.

Usualmente resulta bien ponderada la imagen de aquellos abogados que logran ganar acciones constitucionales o recursos penales al más alto nivel de la judicatura propiciando decisiones judiciales que han marcado un antes y un después en la aplicación del derecho penal y/o procesal penal en el medio en que se desenvuelven, así como aquellos que han logrado una decisión condenatoria o absolutoria ante tribunales de instancia con una presentación brillante.

Un aspecto que también guarda relación con la reputación o imagen del abogado, quizás en un plano de menor intensidad que el ejercicio profesional efectivo en los casos o podríamos decir en un plano complementario, está relacionado con: los gremios u organizaciones de los que forma parte, lo que escribe o publica (quienes lo hacen), de

2 Carlos Bolívar Pedreschi, *Decálogo del Abogado* (Panamá: Universidad Santa María La Antigua, 2012), 1. El abogado constitucionalista panameño, Carlos Bolívar Pedreschi, en su momento presidente del Comité de Ética de la Universidad Santa María La Antigua expresa tres pensamientos que desde nuestra perspectiva guardan mucha relación con la reputación y el ejercicio ético del Derecho. La primera es: “Nunca asumas la representación de un cliente cuando no creas en su causa. El cliente estará mejor defendido por un abogado que realmente sí crea en ella.” La segunda es: “Si no cuentas con el tiempo que reclama la atención de un caso, no lo tomes. No tienes ningún derecho a exponer los intereses de la persona que confió en tu capacidad e integridad” y la tercera: “Finalmente, sé leal. Leal al cliente, leal al juzgador, leal a la contraparte y leal a la sociedad. La justicia no se sirve con mentiras ni chicanas. ¡El respeto se gana!

lo que muestra en mundo virtual (páginas web, redes sociales), de las opiniones que comparte en conferencias académicas o en medios de comunicación y de lo que los demás expresan de él o ella basado en su trato y relaciones profesionales con sus colegas y con clientes.

Por supuesto que en la práctica existen también quienes a pesar de no tener la mejor reputación (pues su actuar no se caracteriza precisamente por estilo de ejercicio ético que hemos descrito), son contratados para ejercer representación legal, ya sea porque el estilo del cliente es compatible con aquel del que lo representará, porque venden “accesos” existentes o inexistentes a determinados funcionarios o porque se especializan en dilatar las causas hasta lograr su prescripción. Un ejemplo de ello es la presentación de certificados médicos de incapacidad que no se sustentan en un padecimiento de salud real para eludir las audiencias programadas. Esto no solo constituye una práctica antiética, sino que podría configurar un acto delictivo según la legislación de que se trate.

Usualmente contra este tipo de actuaciones existe muy poca respuesta disciplinaria o de control del ejercicio profesional³, por lo que es indispensable generar un mayor nivel de acción ante los tribunales que atienden las causas penales y ante los entes que cumplen con el rol de supervisión del ejercicio ético de la abogacía, para propiciar que las cosas cambien.

RELACIÓN ENTRE CLIENTE Y ABOGADO DESDE LAS REGLAS DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA

La revisión y decisión sobre aceptación del caso

Seleccionado/identificado el abogado, en el caso de aquellos que ejercen la profesión en el ámbito privado, usualmente se da una conversación inicial entre el jurista y el cliente para generar un conocimiento personal en ambas vías, así como para estar al tanto los detalles acerca del caso.

3 “Entrevista a Carlos A. Barsallo”, por Guillermo Adames., *Infoanálisis* (20 de mayo de 2022): https://www.youtube.com/watch?v=yCgY2LRPLsY&ab_channel=OmegaStereo107;³ Sobre el particular, Carlos A. Barsallo P., expresidente de Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, expresidente de la Fundación para la Libertad Ciudadana – Capítulo Panameño de Transparencia Internacional y Presidente del Instituto de Gobierno Corporativo hizo referencia, entre otras cosas, a la necesidad de investigar desde el punto de vista ético el comportamiento de los abogados que no van a las audiencias y dilatan el proceso o que son contratados con esa finalidad.

Desde ese mismo momento, corresponde hacer una revisión sobre estándares éticos y posibles conflictos de interés existentes para determinar si es viable acceder o no a la representación⁴.

En ocasiones basta con esa conversación inicial para que se genere el acuerdo de representación y hay oportunidades en la que se genera más adelante; sin embargo, en caso de que no haya acuerdo, todo lo conversado previamente deberá ser mantenido en confidencialidad y el abogado estará impedido para asumir la representación de otra persona en el mismo proceso, siempre que esta tenga intereses contrapuestos al entrevistado. Lo mismo ocurre cuando previo a determinar si se accede o no a la representación, se da una revisión a la causa penal. Esto es un deber ético, independientemente que se hayan cancelado honorarios o no por la consulta o la revisión.

En definitiva, se requiere de un poder o de una designación para actuar. Sobre este aspecto resulta ilustrativo el contenido del Código de Deontología de los Abogados Europeos que establece las siguientes pautas de actuación en esta materia:

“3.1.1. El Abogado no actuará sin encargo previo de su cliente a menos que le haya sido encomendado el asunto por otro Abogado que actúe para el cliente o que se le haya asignado por una autoridad competente.

El Abogado debe esforzarse, de manera razonable, en conocer la identidad, la competencia y los poderes de la persona o autoridad de la cual recibe el encargo cuando las circunstancias específicas revelen que la identidad, la competencia y los poderes resultan inciertos.

...”

4 Consejo de Colegios de Abogados de Europa AISBL (CCBE) *Código de Deontología de los Abogados Europeos*. (Bruselas: CCBE, 2006), 7. Considerando que como bien indica el acápite 2.2. del Código de Deontología de los Abogados Europeos, “las relaciones de confianza dependen directamente de la inexistencia de cualquier duda sobre la probidad, la honradez, la rectitud o integridad del Abogado.”

La propuesta de honorarios, su discusión, aceptación y cumplimiento

Superar el sistema inquisitivo caracterizado por la escritura para instalar un sistema adversarial distinguido por la realización de audiencias desde la fase de investigación, usualmente produce un cambio en los honorarios que propondrá el abogado producto de la necesidad de una litigación más activa, de un trabajo que pase por la identificación de objetivos en las audiencias y que se concentre en procurar alcanzarlos.

A pesar de ese cambio en la dinámica de trabajo es indispensable que dichos honorarios sean fijados en función de un estándar razonable⁵, considerando tanto la tarifa mínima de honorarios profesionales (de existir esta) como los aspectos relacionados con la complejidad (tipo y cantidad de delitos, cantidad de personas involucradas, entre otros).

El abogado debe considerar, al momento de la fijación de tales honorarios, todos los aspectos que estén en sus manos para ello (duración aproximada del proceso, etapas y audiencias que cubrirá, si fijará cantidad de peticiones o incidentes cubiertos, recursos, acciones constitucionales adicionales, etc.), y dejar claro qué incluye y qué no, de forma que el cliente sepa lo que enfrentará no solo en el ámbito jurídico, sino también en el plano económico. Es fundamental que además se verifiquen las disposiciones legales aplicables en el territorio en el cual se ejerce la profesión⁶.

5 A manera de reflexión, vale repasar lo expuesto por Javier Saldaña Serrano en la obra *Desafíos del Sistema Penal Acusatorio en la cual escribió el ensayo “Ética en el nuevo sistema Penal Acusatorio y Oral. Un primer acercamiento.* Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5549/11.pdf> consultado: 6/05/2022, cuando dice: “En primer lugar, el buen Ministerio Público, el buen juez, el buen perito, en definitiva, el buen jurista, no puede ver su profesión como un simple medio para su sustento económico. Por desgracia, en el ámbito del ejercicio profesional, especialmente entre abogados penales, se suele enfatizar mucho este aspecto como el prioritario, y a veces único. Lo importante es hacer dinero, caiga quien caiga, desnaturalizando con esta actitud a la profesión jurídica. Es verdad que haber estudiado una profesión y ejercerla ayuda a obtener recursos económicos, pero “esto no ha de llevar al error de considerar que las profesiones son exclusivamente un instrumento para obtener ganancias económicas o para lograr estatus social.”

6 El Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. *Guía práctica de Deontología, derechos, deberes y régimen de responsabilidad del Abogado* (Madrid: ICAM, 2015), establece que el “pacto de cuota litis en sentido estricto ha sido derogada en virtud de sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008.”

La Asamblea General Plenaria en el marco del X Congreso Nacional de Abogados. *Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado* (Panamá: Gaceta Oficial N° 26796, 2011) establece en el

Considerando que en materia penal el litigio se despliega en función del deber de persecución que tiene el Estado, en atención a lo cual concurren otros actores procesales que entrar a debatir usualmente si un hecho es o no delito y, de serlo, quién o quiénes son los responsables de su comisión, estimamos recomendable o preferible que tales honorarios se pacten por el trabajo a realizar⁷ pues no siempre hay asuntos económicos de por medio y cuando los casos llegan a juicio, en muy pocas ocasiones existe pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito ni se logra resarcimiento en dicha instancia.

Ello sin perjuicio de que sea posible establecer el pago de honorarios en caso de lograr ciertos objetivos procesales⁸, por ejemplo, cuando en la causa se puedan aplicar métodos alternos de solución de conflicto u otras salidas alternativas conforme a cuyas reglas resulte viable negociar una reparación económica.

Cuando además se fije cuota de gastos, estos deberán ser destinados precisamente a los fines pertinentes relacionados con dicho rubro: copias, transporte y/o viáticos para atención del caso en un área distinta a la sede del despacho del abogado, entre otros, y estar en la capacidad de rendir cuentas al cliente sobre el uso y destino de los mismos.

artículo 18 que el pacto cuota litis debe constar por escrito, mientras que en el artículo 19, entre otras cosas, se expresa que la participación del abogado, conforme a dicho pacto, nunca será mayor que la del cliente.

Finalmente, el Código de Deontología para los Abogados Europeos establece que: 3.3.1. El Abogado no puede fijar sus honorarios en base a un pacto “de cuota litis”. 3.3.2. Por pacto “de cuota litis” se entiende el acuerdo entre el Abogado y su cliente concertado antes de la conclusión definitiva de un asunto en el que tenga intereses el cliente y en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al Abogado únicamente una parte del resultado, sea éste una cantidad de dinero o cualquier otro beneficio que consiga el cliente a la conclusión del asunto. 3.3.3. No se considerará pacto de “cuota litis” el acuerdo que prevea la determinación de los honorarios en función del resultado del asunto encomendado al Abogado, siempre que dicho valor se fije de conformidad a un baremo oficial de honorarios o si es aprobado o admitido por una autoridad competente que tenga jurisdicción sobre el Abogado.

- 7 Esto es para evitar que la ausencia de remuneración o retribución del trabajo que se realiza pueda afectar la correcta gestión de la causa (porque no siempre se gana ni se obtiene el resultado deseado).
- 8 Se trata de establecer porcentaje de honorarios que se derive de la reparación económica lograda. Nunca puede estar vinculado a una promesa de ganar o de asegurar el logro de determinado resultado, pues ello además de ser antiético, no depende integralmente del abogado, tal como lo hemos anotado antes.

El defensor público, la confianza y los servicios gratuitos

Como bien se indica en la obra *Defensa Penal Efectiva en América Latina*, “el derecho a contar con un abogado defensor, en su sentido más genuino, significa contar con un defensor de confianza; solo en sentido subsidiario existe la obligación de que el Estado provea un defensor a quien no puede tenerlo,...”⁹ No obstante, es una realidad hoy día que las defensas públicas, estadísticamente, suelen ser las que más participan de la litigación en el contexto de los procesos penales, en contraposición a la defensa privada.

Muchos factores pueden estar relacionados con ello, por un lado, justamente la gratuidad del servicio y, por otro, la profesionalización que han ido adquiriendo los defensores públicos en el contexto de los sistemas acusatorios orales. Aún con ello, es importante considerar que prima la defensa de confianza y que, en el proceso, el sujeto pasivo de la acción penal debe tener la posibilidad de elegir o seleccionar a ese abogado que lo representará, para lo cual también el juzgador deberá verificar que no sea una excusa para dilatar el avance del proceso.

Sumado al tema de la confianza, el sistema debe ofrecer los mecanismos para que la defensa se materialice de forma efectiva, que sea posible, a través de la representación letrada, debatir, argumentar, defender y probar, en caso de que esto último sea necesario.

La Corte IDH, en el caso *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, estableció que: “la defensa suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas.” En tanto que en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*, indicó que: No basta con nombrar a un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal; equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados.”¹⁰

Ello es precisamente un compromiso ético que recae tanto en la defensa pública, como en los abogados particulares cuando asumen una representación procesal.

9 Binder, Alberto; Ed Cape y Zaza Namoradze. *Defensa Penal Efectiva en América Latina*. (Colombia: Dejusticia, 2015), 71.

10 Alberto Binder, *Defensa Penal Efectiva en América Latina*, 74.

Establecimiento de los métodos de comunicación

Uno de los primeros temas que se generan una vez instalada la relación abogado – cliente, es definir los canales y momentos de comunicación.

Teniendo presente que quien enfrenta un proceso penal usualmente se mantiene en zozobra y con cierto nivel de estrés por lo que debe enfrentar, resulta bastante común que deseen saber cada paso dado por el abogado en cuanto a la causa, cada avance, cada revés y cómo se enfrentará o dará el paso siguiente.

Si bien el abogado tiene el deber de comunicar a su cliente los avances en la gestión¹¹, es recomendable que se acuerde una forma y momento para ello, por lo que resultará muy útil tener esta conversación bastante temprano con el cliente y explicarle cada cuánto tiempo o ante qué circunstancias podrán tener reuniones presenciales, intercambio de mensajería instantánea o llamadas telefónicas, o si bien esto será según la necesidad o la demanda. Sobre todo, porque asumir la representación legal y luego no atender las necesidades de comunicación del cliente, sin haber establecido pautas sobre ello, es inapropiado, desilusiona o genera insatisfacción, por lo que puede convertirse fácilmente en la motivación para la interposición de algún tipo de queja o el inicio de un proceso de cambio para la representación.

El cumplimiento o incumplimiento de lo pactado

Una vez asumida la causa, salvo circunstancias excepcionales, el abogado debe cumplir con la representación, máxime si se le han abonado los honorarios respectivos. Un cliente es un activo valioso en el ejercicio profesional, por lo que es preciso ser cuidadoso en su trato y en la ejecución de las actividades que corresponderá desplegar para lograr su satisfacción con los servicios prestados.

11 De conformidad con el Código de Deontología del Abogado Europeo, antes citado, en su artículo 3.1, acápites 3.1.2 segundo párrafo y 3.1.3, segundo párrafo también, El abogado “deberá mantener a su cliente informado sobre la evolución del asunto que le ha sido encomendado” y “no deberá aceptar un asunto a menos que pueda atenderlo puntualmente, teniendo en cuenta sus restantes compromisos profesionales.”

En el ejercicio privado, el contrato de servicios profesionales será el instrumento de orientación o guía de la relación en materia económica, pues de incumplir el abogado con los compromisos pactados en cuanto a representación, el poder otorgado se podrá revocar. De incumplir el cliente, no abonando lo que corresponde en tiempo oportuno, también. No obstante, es preciso tener presente que aún en circunstancias de impago, el abogado no debe apartarse de la causa sin antes procurar que el cliente goce de la representación de otro abogado, de modo que le evite algún tipo de consecuencia perjudicial por falta de representación en actuaciones o diligencias.

Además, el contexto de un ejercicio profesional ético y responsable, el abogado debe rendir cuenta por las acciones que despliega en el proceso penal y estar dispuesto a que su gestión sea evaluada por cliente.

LOS COMPROMISOS DEL ABOGADO FRENTE AL CASO Y EL CLIENTE

El conocimiento suficiente de la materia (especialidad)

Un aspecto que resulta más que vital considerar en el contexto del ejercicio profesional ético y responsable es el relacionado con el conocimiento de la rama del Derecho que se ejerce, en este caso, en materia penal.

No se concibe hoy día un abogado que litigue en materia que no conozca al menos 6 aspectos fundamentales: derechos humanos, derecho penal, derecho procesal penal, derecho probatorio, derecho constitucional y litigación oral.

Esto, sin dejar de lado que luego cada tipo de delito requiere de un cierto grado de conocimiento técnico adicional pero que teniendo las bases fundamentales es posible complementar.

De allí que para asumir un caso con responsabilidad hay que conocer la materia, estar comprometido con el estudio constante y, en su defecto, contactar o coordinar con otro letrado que tenga la formación y especialidad necesaria para complementar el equipo de trabajo en beneficio del cliente.

En este contexto continúan resultando valiosos los Mandamientos del Abogado desarrollados por Eduardo Couture¹², especialmente y aplicables para el tema que comentamos, los dos primeros, que a la letra dicen:

1. Estudia. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado.
2. Piensa. El derecho se aprende estudiando, pero se ejerce pensando.

El estudio de la causa. No prometer resultados del proceso, pero comprometerse con el litigio responsable

En adición al conocimiento general y especial de ciertas materias que debe tener un abogado penalista, resulta sumamente relevante comprometerse con el estudio a detalle de la causa asumida en concreto o que le ha sido asignada para litigar.

En nuestro medio resulta más común de lo que pensamos la litigación superficial o de urgencia. Esa que pasa por una mirada rápida de la causa bajo el entendido que se tienen excelentes habilidades de expresión oral o capacidad histriónica, o aquella que pasa por la reasignación del caso a un compañero ante la ausencia del titular de la causa y que llega al tribunal sin saber qué temas se han discutido y/o decidido antes e inclusive así lo transmite ante los estrados.

La litigación superficial o de urgencia, quizás en alguna que otra oportunidad ha producido resultados; sin embargo, para que exista una litigación ética, responsable y a conciencia, (considerando todo lo que está en juego en el proceso penal), es indispensable conocer cada detalle de la causa que se asume, mirar cada aspecto favorable y desfavorable, analizar los hechos conforme a la legislación (penal y procesal incluyendo los aspectos probatorios), la doctrina y jurisprudencia disponible aplicable, para representar adecuadamente los intereses del cliente o de la sociedad a la que se sirve.

Es indispensable que quien se ocupe de la litigación, sea del sector público o privado, tenga conciencia de la relevancia del trabajo que

12

Eduardo Couture, *Los mandamientos del abogado* (Colombia: Ediciones Coyoacan, 2013), 1-52.

realiza, de lo que requiere el sistema de justicia de los hombres y mujeres que intervienen en las causas, pero particularmente, que tenga clara la misión que le ha sido asignada y prestigie ese rol.

Por supuesto que “ganar” o que el conflicto se resuelva a favor es otra cosa. Como hemos indicado, las decisiones interlocutorias que dicten durante el proceso ni la decisión final dependen integralmente del abogado, quien en ocasiones podrá tener la más magistral presentación, la litigación mejor llevada y por factores ajenos a su control termina recibiendo una decisión contraria. Sin embargo, su preparación y presentación de argumentos ante los tribunales debe ser impecable. Si al final no le dan la razón, que no sea porque no se esforzó.

Es ideal trabajar en un entorno de juego justo, con partes con conocimiento y no sometidas a los vaivenes de la corrupción. Es la mejor fórmula para que al final, el conflicto se resuelva a favor de quien mejor ha podido plantear o controvertir los hechos, quien mejor ha adecuado su posición al derecho existente y quien mejor ha podido probar o desacreditar los elementos probatorios.

Sobre la transparencia y honestidad

Es un deber ético del abogado decirle de forma honesta al cliente lo que enfrenta en el proceso penal, cuáles son sus posibilidades, qué aspectos estarán en juego durante el proceso y cuáles serán las opciones al llegar a la conclusión de este.

El abogado que gana un cliente prometiéndole que lo sacará de la cárcel o que logrará su absolución, se aleja del comportamiento esperable desde el punto de vista ético e inclusive puede incurrir en competencia desleal con otros colegas, pues tales decisiones no están en sus manos. El abogado, simplemente debe comprometerse a hacer el mejor esfuerzo (legal y ético) posible para el logro de los objetivos deseados por el cliente.

¿Se hace lo que recomienda el abogado o lo que decide el cliente?

Este es uno de los dilemas más significativos de la relación abogado cliente y que puede llegar a generar las más amplias discusiones.

El abogado defensor que sabe y conoce su materia establecerá pautas para hacer lo que en derecho corresponda con el propósito de lograr su objetivo, ya sea este una absolución, un sobreseimiento, un archivo, una salida alternativa, una nulidad o cualquier otra opción que contemple la legislación procesal.

El que conoce de derecho es el abogado, no el cliente, por ende, el primero tiene el deber de asesorar y el segundo debería dejarse asesorar.

Esto no quiere decir que el cliente no tenga voz en el contexto de la litigación de la causa, pues puede tener una posición razonable que plantear a su abogado y que tales objetivos, definidos en conjunto, sean los que orienten las fórmulas de gestión que se adelantarán con relación a su caso. Recordemos que el abogado responderá, además, a título personal, por el incumplimiento de las instrucciones que reciba por parte del cliente.

En consecuencia, se aplican los conocimientos jurídicos en su máxima expresión, pero informando y validando con el cliente las actuaciones, así como considerando su parecer sobre las opciones respecto del caso, pues al fin y al cabo quien sufrirá las consecuencias de lo que se decida en el proceso, en caso de no ser favorable, será el representado.

No ofrecer/vender accesos con los fiscales o los jueces:

En América Latina es bastante usual que jueces y litigantes se conozcan e inclusive que tengan excelentes relaciones profesionales o de amistad.

En ocasiones uno ha sido profesor del otro, han sido compañeros de licenciatura, diplomaturas, postgrados, maestría o doctorado, han realizado alguna misión internacional de trabajo juntos o han sido compañeros de trabajo en algún momento de sus carreras.

Esa cercanía, aprecio o conocimiento de una u otra parte, si bien puede ser un elemento importante que permite saber cómo piensa el fiscal o el juez, nunca debe ser utilizado como una herramienta personal para tener accesos indebidos o realizar promesas infundadas.

El conocer al fiscal o al juez significa saber cómo razonan determinados temas, qué argumentos presentar para ser convincente, ya sea

para superar su nivel de argumentación (caso del fiscal) o lograr que decida conforme se le ha solicitado (caso del juez).

Es importante indicar también que las reglas de excusación (impedimento) y/o recusación se verifican desde el rol del juez con respecto a las partes procesales y el asunto. No es un tema que nace diseñado para que los abogados litigantes se excusen de actuar (es diferente a los conflictos de intereses); sin embargo, considerando el contenido del Código Procesal Penal Federal de Argentina que en su artículo 60 establece causales bastante amplias no está demás que conociendo quién es el juez, el abogado litigante medite sobre los distintos supuestos, por ejemplo:

- “f. Si, antes de iniciado el procedimiento tuvo amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los interesados, si denunció o acusó a alguno de ellos o fue acusado o denunciado por alguno de ellos, incluso conforme al procedimiento para el desafuero o la destitución, salvo que circunstancias posteriores demuestren armonía entre ambos;
- g. Si mediaren circunstancias que, por su gravedad, afecten su independencia e imparcialidad.”

Lo que se busca con este tipo de reglas es evitar que relaciones de amistad, enemistad, parentesco o de otra naturaleza entre quien forma parte del conflicto y quien decide, pueda influir en el desenlace de la causa que se atiende, de forma favorable o desfavorable. En consecuencia, es un deber legal sostenido en la ética, que los jueces deban anunciar los impedimentos cuando se estima que algún factor puede afectar la rectitud del juicio o de conciencia, pero también es para los abogados de forma tal que conociendo de la existencia de alguno de los supuestos pueda recusar.

En el ejercicio profesional, se ha detectado una mala práctica y comportamiento antiético consistente en incluir a propósito en las causas a determinados abogados que tienen conflictos con jueces o fiscales para provocar su excusación o plantear su recusación. Sobre tal aspecto es importante que el sistema se blinde y genere pronunciamientos que coarten o limiten dicho proceder, considerando precisamente si se denota que ha sido un asunto fortuito (antes de conocer a qué juez se

le asignaría la causa) o si es un asunto intencional y dirigido para apartar a determinado juez de una causa, indebidamente. Como bien lo ha expresado Ángel Osorio y Gallardo, “La Abogacía no se cimenta en la lucidez del ingenio, sino en la rectitud de la conciencia. Esa es la piedra angular;...”¹³

La confidencialidad de la información

En la actualidad debido a los avances tecnológicos y a la cantidad de información que fluye gracias a la existencia de internet y múltiples aplicaciones que facilitan la comunicación a nivel mundial, es indispensable que el abogado garantice la confidencialidad de la información no solo guardando los secretos de su cliente a título individual/personal, sino contando con sistemas que permitan la protección de sus comunicaciones electrónicas y sus bases de datos.

Desde esa perspectiva, el abogado deberá conocer la regulación relacionada con protección de datos y tomar las previsiones para cumplir los estándares allí definidos, además de comunicar al cliente con quién se podrán compartir eventualmente ciertos datos, sobre todo en el marco de los deberes relacionados con prevención de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva.

Es preciso indicar también que el deber de confidencialidad incluye a los colaboradores del abogado, en lo que conozcan o puedan conocer en el contexto de la relación profesional y cualquier otro letrado que producto de consulta o colaboración haya conocido algún aspecto confidencial de la causa.

Este secreto profesional también se mantendrá frente a la fiscalía y al tribunal (salvo alguna excepción legal, como hemos visto), por lo que el litigante deberá ser lo suficientemente cuidadoso para que en su gestión y expresiones no revele datos o hechos privados, reservados, que pueden terminar afectando la causa de aquella persona a la que representa o defiende.

La confidencialidad, es decir, ese secreto de las comunicaciones entre abogado- cliente, deberá mantenerse para siempre (durante y

13 Ángel Osorio y Gallardo, *El alma de la toga* (Buenos Aires: Editorial Olejnik, 1998), 37

después de la relación abogado/cliente), sobre todo porque la violación del deber de confidencialidad conllevará sanciones éticas o disciplinaria e inclusive puede llegar al procesamiento en la esfera penal.

CONFLICTOS DE INTERESES EN EL EJERCICIO PROFESIONAL

Se puede definir el conflicto de interés en el contexto del proceso penal como una confrontación entre los intereses personales y los del representado producto de diversas circunstancias, entre ellas, situaciones de familiaridad con la víctima o el imputado (cuando están en el lado contrario), interés particular en el asunto, entre otros aspectos, los cuales podrían influir indebidamente en el desempeño de la gestión, así como el cumplimiento de los deberes y responsabilidades del abogado.

Es un deber ético, comunicar la existencia de conflictos de interés y separarse de la causa para evitar generar una afectación que pudiera ser atribuible al abogado. Ante la existencia de conflictos de interés no es posible ejercer representación legal sin violentar las reglas de ética profesional.

Para ilustrar mejor este punto, siguiendo los lineamientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para el servicio público¹⁴, pero repensándolos en función de su aplicación en el contexto del proceso penal para defensores públicos y representantes oficiales de víctima, podríamos decir que:

- Existirá un conflicto de interés actual cuando se encuentran en contraposición directa los deberes y responsabilidades del abogado con los intereses de su cliente, producto de alguna situación particular. Por ejemplo, la víctima del delito es una niña de 9 años, vecina de la comunidad del abogado, a quien conoce y aprecia y se le ha asignado la defensa del presunto violador.
- Potencial: se presenta cuando la contraposición podría darse en el futuro, en virtud de que los intereses particulares del abogado podrían entrar en conflicto con la representación de su cliente.

14

Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. *Ética pública y conflictos de intereses*. (Argentina: Oficina Anticorrupción, 2019), 62-66.

- **Aparente:** cuando a pesar de que no se configura una situación de conflicto de interés o de contraposición de intereses, actual o futura, existe la percepción, usualmente pública, de que la representación legal se podría ver afectada.

Para mayor precisión con relación al ejercicio de la profesión, el Código de Deontología de los Abogados Europeos que antes hemos citado, brinda orientación en la materia, al establecer en su acápite 3.2. lo siguiente sobre los conflictos de intereses:

“ 3.2.1. El Abogado no deberá asesorar, ni representar, ni defender a dos o más clientes en un mismo asunto si existe un conflicto o riesgo significativo de conflicto de intereses.

3.2.2. El Abogado deberá dejar de actuar para los dos o más clientes afectados, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, cuando exista riesgo de violación del secreto profesional, o en caso de que su independencia pueda ser menoscabada.

3.2.3. El Abogado deberá abstenerse de actuar para un nuevo cliente si existe un riesgo de vulneración del secreto profesional respecto a informaciones dadas por un antiguo cliente o si el conocimiento que el Abogado posee por otros asuntos del antiguo cliente pudiera favorecer indebidamente al nuevo cliente.

3.2.4. Cuando varios Abogados ejerzan la profesión en grupo, los párrafos 3. 2.1 a 3.2.3 se aplicarán al grupo y a cada uno de sus miembros.”

Un tanto diferente es la situación en Estados Unidos de América, país en el cual las Reglas de la American Bar Association (Colegio de Abogados de los Estados Unidos de América), si bien inicialmente regulan la situación de forma similar a como lo hacen en el ámbito europeo, luego permiten la representación de intereses contrapuestos siempre que se pueda garantizar una representación competente y diligente y que los clientes hayan suscrito un consentimiento informado. Veamos:

- “(a) Salvo lo dispuesto en el párrafo (b), un abogado no podrá representar a un cliente si la representación involucra un concurrente conflicto de intereses. Existe un conflicto de intereses concurrente si:
- (1) la representación de un cliente será directamente adversa a otro cliente; o
 - (2) existe un riesgo significativo de que la representación de uno o más clientes estarán materialmente limitados por el abogado responsabilidades con otro cliente, un antiguo cliente o una tercera persona o por un interés personal del abogado.
- (b) Sin perjuicio de la existencia de un conflicto concurrente de interés bajo el párrafo (a), un abogado puede representar a un cliente si:
- (1) el abogado cree razonablemente que el abogado será capaz de proporcionar una representación competente y diligente a cada cliente afectado;
 - (2) la representación no está prohibida por la ley;
 - (3) la representación no implica la afirmación de una reclamación de un cliente contra otro cliente representado por el abogado en el mismo litigio u otro procedimiento ante un tribunal; y
 - (4) cada cliente afectado da su consentimiento informado, confirmado escrito.”

A pesar de las garantías descritas en la segunda parte de esa norma, en la mayoría de los países de América Latina es inadmisibles la representación de intereses contrapuestos.

El abogado como facilitador del acceso a la justicia para clientes con capacidades disminuidas

El abogado históricamente ha tenido un rol de “auxiliar de la justicia”, lo cual desde nuestra perspectiva se traduce también en facilitador del

acceso del ciudadano a los tribunales de justicia y, especialmente, a decisiones sobre el conflicto en el cual la persona se encuentra inmersa.

El acceso a la justicia no es tan solo colocar un reporte o presentar una denuncia, sino que la causa se evalúe, se adelante y obtenga un pronunciamiento ya sea de un fiscal (solución anticipada en sede fiscal/administrativa) o de un juez sobre el objeto de debate.

En el caso de las personas con capacidades disminuidas y en condición de vulnerabilidad, resulta aún más necesario contar con una representación letrada que comprenda la dimensión de la afectación, las limitaciones que se enfrentan y que permita, a través de su asesoría, apoyo y representación, equiparar las fuerzas y colocar a la persona ante la posibilidad de recibir un tratamiento justo de parte de los funcionarios judiciales.

Sobre el particular es de suma relevancia tener presente el contenido de las Reglas de Brasilia¹⁵ para el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, actualizadas en el año 2018, que se refieren a la condición de vulnerabilidad en los siguientes términos:

“(3) Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales

15 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (Brasilia: XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, 2018)

dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Conforme a las Reglas de Brasilia pueden constituir condiciones de vulnerabilidad:

Edad	Discapacidad	Pertenencia a comunidades indígenas
Pertenencia a otras diversidades étnicas - culturales entre ellas la afrodescendiente	Victimización	Migración, refugio y el desplazamiento interno
Pobreza	Género, orientación sexual e identidad de género	Privacidad de libertad

No obstante, la concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico, como bien las propias reglas indican.

Frente a ello, el abogado tiene un deber adicional de compromiso con ejercicio profesional y el servicio que brindará al cliente que se encuentre en alguna de estas circunstancias especiales agotando las acciones dirigidas a lograr que la representación sea efectiva y beneficiosa. En ocasiones, sobre todo en casos de discapacidad, habrá que gestionar el acercamiento de algún familiar, la designación de tutor o curador que contribuya en el proceso de toma de decisiones.

Desde esa perspectiva, es sumamente relevante que los abogados estén al tanto de la existencia de instrumentos de derecho blando como lo son las ya mencionadas reglas, la Declaración de los Derechos de las Víctimas del Delito y Abuso de Poder de las Naciones Unidas, la

Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia, por mencionar algunos. Con mayor razón debe tenerse conocimiento acerca de las leyes que en el país regulan la materia o que han reconocido aspectos desarrollados previamente por dichos instrumentos, como ocurre con la figura del *Amicus Curiae*, por ejemplo, cuando se requiere alguna representación especial para mujeres víctimas de violencia de género o para la defensa de intereses colectivo y/o difusos.

Es nuestra consideración que el rol del abogado frente a la defensa y/o representación de personas en condición de vulnerabilidad (imputado o víctima) es ayudarla a superar las barreras u obstáculos que la colocan en esa posición y que al menos, en el contexto del proceso penal pueda ejercer sus derechos como lo haría una persona que no padece de tal condición.

RESPONSABILIDADES ESPECIALES DE UN FISCAL

En el contexto general del proceso

La natural evolución de las instituciones jurídicas producto del conocimiento de mejores prácticas, obliga a dejar de ver el proceso penal como un simple conjunto de procedimientos seguido uno de otro, dirigido a que se determine si corresponde o no imponer una pena, y apreciarlo, en consecuencia, como un asunto estratégico en el que los litigantes seleccionan los mecanismos jurídicos de actuación más adecuados, luego de verificar la situación en concreto que se presenta, las alternativas posibles de solución y sus probables consecuencias¹⁶.

Esa actuación estratégica que a los abogados no solían enseñarnos en las aulas universitarias, sino que se aprendía en la práctica, caso a caso, es todavía más relevante en el marco del sistema acusatorio, en el cual quien resulte triunfador en un juicio, no podrá estar apoyado en un expediente o en una serie de diligencias preconstituidas, sino que debe

16 Delia A. de Castro D, “La planificación de la investigación”, *La Prensa*, 14 de diciembre de 2010, sección opinión.
https://www.prensa.com/impresa/opinion/planificacion-investigacion_o_2999700167.html
Consultado: 10/05/2022.

convencer al juez o los jueces que tomarán la decisión final, de que los hechos que plantea se ajustan a las normas de derecho, en razón de la prueba que se practica en su presencia y con la intervención de la contraparte. Todo ello alejado de prácticas corruptas y de intervenciones externas a la relevante misión de administrar justicia.

Conforme al nuevo modelo el sistema tiene cuatro fases fundamentales: investigación, intermedia, juicio oral y ejecución, pero para garantizar una buena actuación en cada una de ellas, es necesario planificar desde el inicio. Cabe destacar que a la fase de ejecución o cumplimiento solo se llega en caso de aplicación de alguna salida alternativa sujeta a condiciones o cuando se dicte una condena. Además, intercalada en cada una de ellas tendremos los recursos como mecanismos de control de las decisiones de los tribunales de primera instancia en casos o situaciones que se vean en juego las garantías fundamentales o el debido proceso.

En consecuencia, a lo largo de todo el proceso, le corresponde al fiscal desplegar un comportamiento que esté, no solo apegado a la ley, sino que además sea ético.

La fase de investigación es aquella en la que se realizan averiguaciones para determinar si se dio un delito e identificar a sus posibles autores o partícipes con miras a resolver el caso a través de la aplicación de una salida alternativa o llevarlos a responder en juicio. El fiscal, quien la dirige, debe ser auxiliado por los organismos de investigación. Así, fiscales e investigadores deben actuar como un equipo que define estrategias, respetando el rol de cada uno, fortaleciendo la coordinación interinstitucional, compartiendo sus experiencias y conocimientos en materia de persecución criminal, con respeto de los derechos humanos y plena vigencia del principio de legalidad.

En esta labor deben considerar la realización de todas las diligencias necesarias y pertinentes para determinar qué fue lo que realmente ocurrió, cómo, cuándo, dónde ocurrió y quienes intervinieron, alejándose de una posición exclusiva de acusación o de buscar culpables, sino con objetividad, explorando los elementos favorables y desfavorables que existan, pues de esa manera, al concluir la investigación, si se ratifica que hay un delito, contará con elementos de fuerza y peso que le ayuden en su labor de acreditación de tales elementos ante un eventual juicio.

El cambio fundamental que debe darse en este aspecto, es pasar del ritualismo y la improvisación que se presenta en algunos casos, a la planificación en todos los procesos. Es superar la lógica de la tramitación y recopilación de información, de manera desordenada y sin claro sentido, en beneficio de la lógica de investigar de forma metodológica respetando estándares éticos, de lealtad, profesionalismo y buena fe¹⁷.

Planificar la investigación permite que éstas tengan un desarrollo más ordenado y sistemático, dándole a esta primera fase del procedimiento un rumbo cierto, a efectos de facilitar la obtención de resultados más precisos, inclusive, para determinar cuándo un caso no constituye delito o debe ser aplicado un mecanismo alternativo de solución del conflicto como la mediación.

Bajo este modelo, se tiene como punto de partida la adecuación del hecho denunciado, querrellado o conocido por las autoridades de oficio, a un tipo penal específico, de forma que se puedan probar luego cada uno de sus componentes (autor, víctima, conducta cometida, mecanismos de ejecución, bienes afectados, si se actuó con dolo o culpa, así como si se presentan agravantes o atenuantes). Toda esta información generará la hipótesis delictiva, es decir, lo que el litigante considera que ocurrió al reconstruir la historia de un probable suceso delictivo, que contribuirá luego a fundamentar su teoría del caso.

De esta forma, se recaban elementos de convicción estrictamente relacionados con el delito en particular (sin manipulación de la evidencia) y por ende, la prueba que luego se produce es más útil y pertinente al caso concreto. Se ahorra tiempo y dinero, se protegen garantías fundamentales al tiempo que se logra mayor eficiencia en la persecución de las conductas violatorias a la ley penal.

En este escenario, resulta trascendental que el fiscal ofrezca o permita que la defensa tenga acceso a los elementos relevantes de la investigación tan pronto los obtenga para que pueda ejercer ampliamente la defensa, de forma oportuna, salvo cuando la propia legislación prevea algún tipo de reserva o resguardo especial de la investigación, como suele ocurrir en causas complejas o de delincuencia organizada,

17

Mauricio Duce y Cristian Riego, *Proceso Penal*. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002),

por ejemplo y hasta en esos casos se prevé que la revelación o el acceso a la investigación se dé con anticipo suficiente para que se pueda ejercer el derecho a la defensa.

Este es un tema sobre el cual se ha pronunciado incluso la Corte IDH, que en el caso Castillo Petrucci y otros contra Perú, indicó que:

“la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y solo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.”¹⁸

También es un deber ético informarle de manera oportuna cuando el defensor deba intervenir en algún acto de investigación para garantizar los derechos de su cliente, de forma que se pueda organizar y asistir.

Litigar de forma estratégica de ninguna manera debe identificarse con el litigio desleal ni aprovechar la flexibilidad que nos provee la oralidad para sorprender a la contraparte con peticiones adicionales y complejas no anunciadas previamente para control, salvo que no hubiera existido otra opción por la premura o la poca antelación con la que surgió el asunto o necesidad con relación a la cual se discutirá.

El uso de salidas discrecionales y otros procedimientos alternativos para la resolución del conflicto penal debe emplearse en todos los casos que resulte posible, de forma justa, pertinente, considerando la proporcionalidad y la necesidad, no buscando sacar provechos o ventajas indebidas de ninguna de las dos partes.

18

Alberto Binder, *Defensa Penal Efectiva en América Latina*, 68.

En la fase intermedia son diversos los aspectos que más allá del mandato legal requieren de una dosis de ética para su correcta realización. Por un lado, que la acusación responda a los hechos de la imputación, en respeto al principio de congruencia, sin variaciones añadidos o eliminaciones. Por otro, que de darse la posibilidad de realizar alguna corrección a la acusación esta se circunscriba al aspecto indicado o debatido en el tribunal y no a otros no contemplados con los cuales se pretenda generar nuevos debates o sorpresa para la defensa.

De la misma manera, la discusión sobre la prueba que se practicará en juicio y la exclusión probatoria debe basarse en aquello que establece la ley, pero además considerarse una correcta preparación de los testigos y peritos. Como se verá más adelante, es uno de los aspectos más críticos relacionados con el juicio oral.

El respeto a las reglas de la litigación oral para los alegatos, examen, contraexamen, objeciones son fundamentales. Sobre el particular reviste relevancia que cada una de las partes esté adecuadamente preparada para enfrentar la causa conforme a las reglas pertinentes, el juez para dirigir el debate y tomar decisiones adecuadas sobre los aspectos que se someten a debate y los litigantes para sacar lo mejor de la prueba propuesta y desacreditar la de la contraparte, ejerciendo siempre un control horizontal entre ambos que mantenga el equilibrio o el entorno de juego justo. Los aspectos más precisos sobre la ética en estas actuaciones se explicarán en detalle más adelante.

En la fase de ejecución, ya sea para el seguimiento relacionado con la aplicación de las salidas alternativas como para la sentencia condenatoria, es indispensable que se revise el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley, se escoja la salida más adecuada y aplicable al caso y se realicen los cálculos relacionados con la pena conforme a los parámetros legalmente establecidos.

Con relación a la víctima

Como bien nos orienta Luis Rodríguez Manzanera en su obra sobre Victimología¹⁹, durante gran parte de la historia de la humanidad, se

19 Luis Rodríguez Manzanera, *Victimología. Estudio de la Víctima* (México: Editorial Porrúa, 2002),

consideró que el proceso penal era exclusivo para la persona que había cometido delito; por ende, el Estado se ocupaba de investigarla, juzgarla y sancionarla por atentar contra la convivencia pacífica y el orden social, dejando de lado los derechos e intereses de la víctima.

Ya en la década de los setenta, se empezó a considerar que las víctimas deberían dejar de ser “actores de reparto” y pasar a formar parte de los “protagonistas de la trama procesal.”

Esto dio lugar a que se dictara la Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder²⁰, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1985), que estableció que son víctimas son las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. El concepto incluye además a los familiares o personas que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización²¹.

Ahora bien, así como existen distintos tipos de víctimas, son diferentes los grados de riesgo y las necesidades de protección que éstas tienen.

Por un lado, nos encontramos con aquel riesgo que guarda relación con el solo hecho de ser víctima de un delito, sobre todo si se trata de aquellos que tienen connotaciones violentas (lesiones, violencia doméstica, violación sexual) o son considerados como graves (trata sexual

20 Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder (ONU, 1985)

21 Cabe reiterar que como se ha planteado en diversos espacios institucionales y en documentos de trabajo de organismos internacionales como UNODC, por ejemplo, la victimización primaria es aquella que deriva de la comisión del delito. Es su consecuencia natural. La victimización secundaria es aquella que se enfrenta por el contacto con el sistema de justicia y sus actores, mientras que la victimización terciaria se genera producto de la estigmatización y prejuicios sociales sobre las víctimas directas e indirectas. En esencia, el trato que recibe de la sociedad cuando conocen que ha sido víctima de un delito.

y tráfico de personas, explotación sexual comercial en términos generales), caso en el cual de forma usual ese riesgo va a estar relacionado a la cercanía con el agresor y la posibilidad de volver a ser víctima del delito.

El segundo tipo de riesgo deriva de la intervención de la víctima en el proceso penal, en un contexto donde la validez de la prueba dependerá en su exposición en el juicio oral, por lo que puede ser intimidada o amenazada para que no rinda aquel testimonio que podría contribuir a la condena de su agresor o agresores.

Ambos riesgos resultan mucho más fáciles de enfrentar si la víctima cuenta con información suficiente respecto de las implicaciones del acto por el cual ha sido afectada, cuáles son sus derechos en el proceso (incluidas las salidas alternativas y otros mecanismos de reparación) y cómo puede materializarlos.

Es importante indicar que coincida el Ministerio Público a través de sus fiscales con la posición de la víctima en el proceso o no, resulta esencial garantizar el respeto a sus derechos de acceso a la justicia, atención y protección para que pueda ejercer los demás derechos que de ello derivan con plena libertad²².

Por ejemplo, el fiscal debe procurar la atención oportuna de la víctima e inmediato acceso a los servicios forenses disponibles, evitando excusas o demora, en caso de violación u otro delito de naturaleza sexual, lesiones personales, violencia doméstica y de género, trata de personas, entre otras manifestaciones delictivas que le produzcan afectación física o psicológica, tanto con el propósito de contribuir a disminuir la afectación como para preservar las evidencias.

Debe desarrollar las diligencias investigativas dándole oportunidad a la víctima de participar en todas aquellas que resulte posible conforme a la ley, sin considerarla un obstáculo para los objetivos que persigue.

En caso de llegar hasta un debate sobre medidas cautelares, considerar la situación y riesgos que enfrenta la víctima antes de decidir sobre la medida de carácter precautorio que considera idónea, necesaria y proporcional solicitar al tribunal que aplique al imputado.

22

Un catálogo de otros deberes concretos que tiene el fiscal para con la víctima se podrán apreciar en el próximo capítulo.

Además, cuando la protege²³, no debe ser vista con un fin utilitario, es decir, simplemente si su testimonio servirá o no para condenar; sino considerando su situación personal, su padecimiento, en fin, su condición de ser humano. Por ende, merecerá protección por el solo hecho de haber sido afectada por el delito, se logre o no identificar y sancionar al responsable.

Un aspecto que reviste de relevancia es aquel referido a las posibilidades que ofrece el proceso penal en cuanto a la reparación del daño y las opciones existen para su representación procesal, pues no pocas veces las víctimas han llegado hasta el momento de conocer la decisión final de una causa para enterarse en ese momento que la sanción impuesta, sin incluye alguna determinación pecuniaria, pasará a manos del Estado y no tiene como finalidad el resarcimiento por la afectación a ella ocasionada.

Posición del fiscal con relación al imputado

Si bien el imputado se convierte en contraparte del fiscal, una vez materializada su intervención en el proceso a través de la formulación de imputación, esto no es obstáculo para que se le brinde un tratamiento ético durante todo el proceso.

En consecuencia, el Ministerio Público debe garantizar que pueda acceder a representación legal de su confianza tan pronto haya sido aprehendido, por ejemplo, para que se verifique si hubo o no algún tipo de afectación a sus derechos fundamentales.

Debe también notificarle a través de su abogado, la presentación de un escrito de querrela y la necesidad de participación en cualquier diligencia en la que resulte indispensable su participación.

Debe dársele acceso a las actuaciones indispensables para su defensa, tal como se indicó previamente y debe litigar limpio, lo cual incluye abstenerse de forzar algún elemento probatorio o permitir que se manipulen evidencias con el propósito de provocarle perjuicio.

23 En materia de protección las Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos generadas en el marco del trabajo de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP) son fundamentales para una mejor ejecución de dicha labor. Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. *Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos* (República Dominicana, 2008) 1-32

¿Puede el abogado presentarse como testigo en un proceso penal?

Conforme a la lógica de la prueba, es testigo quien ve, escucha o percibe de forma directa, a través de sus sentidos, la ocurrencia de un suceso, en el caso del proceso penal: de un presunto hecho punible.

En principio, el abogado no suele ser testigo del hecho, sino que producto de sus contactos con el cliente, llega a tener información de oídas, acerca de su ocurrencia, y en el transcurso del proceso se va formando un convencimiento acerca de la verdad de lo ocurrido producto de la práctica de actos de investigación a los que tiene acceso o participa, al tiempo que va estructurando la prueba que estima pertinente para defender o sustentar la posición de su cliente. Bajo esta perspectiva, el abogado no tiene por qué ser o presentarse como testigo en un proceso.

Ahora bien, pueden darse distintas situaciones que seguramente generarían debate, debido a la contraposición en la que se colocaría el rol de abogado con el rol de testigo. Seguidamente, sin agotar las posibilidades, planteamos algunas de ellas.

Una podría surgir dado que por la relación profesional o de familiaridad del abogado con el cliente, se encontraban juntos al momento de un suceso que luego se consideró delictivo y que se le atribuye al segundo. En este caso, estimamos que de presentarse el debate entre participar en el proceso como abogado o como testigo, lo correcto es que el abogado elija el rol de testigo si desea intervenir como tal y no el de apoderado judicial, pues eventualmente tendrá no solo que declarar como testigo, sino además que interrogar y contrainterrogar a los demás testigos, dependiendo si sean suyos o de la parte contraria, lo cual derivará en que pierda credibilidad en su testimonio o en su intervención como litigante por tener intereses en la causa.

La otra situación que puede surgir es que el abogado producto de su intervención en el proceso, participe en alguna diligencia en la que se denote vulneración de derechos o la comisión de algún otro delito. En este caso, también estimamos que si el curso del procedimiento hace necesario que participe como testigo se debe separar del rol de litigante y dar paso a que otro abogado intervenga para cuidar la producción de información, respetar los roles en el proceso y evitar incurrir en alguna

actuación que pueda derivar en afectación a los intereses de su cliente o a la propia reputación.

En la práctica, es cada vez más creciente el número de abogados (fiscales, querellantes o defensores) que participan en los procesos como testigos, rompiendo el equilibrio procesal e inclusive llevando el debate a un terreno que ni siquiera resulta pertinente para la decisión de fondo en el caso.

Sobre el particular, es muy útil utilizar como orientación las reglas de conducta para los abogados de la American Bar Association (Colegio de Abogados de Estados Unidos de América), a partir de las cuales se comenta que “la combinación de las funciones de abogado y testigo puede perjudicar al tribunal y a la parte contraria y también implicar un conflicto de intereses entre el abogado y el cliente.”²⁴

Y es que como resulta conocido, el abogado (defensor público o privado) o representante de víctima mantienen un deber de confidencialidad con sus clientes, mientras que el testimonio se presta bajo la gravedad de juramento. Por lo tanto, de asumir el rol de testigo/litigante en el proceso penal, es evidente que puede generarse un conflicto que termine perjudicando la causa que le ha sido confiada. Esto, sumado, a que se parte de una disminución de la credibilidad o en el testimonio o en el despliegue del litigio por parte de un abogado que a la vez funge como testigo, pues no resultará claro hasta qué punto está comprometido con la verdad o con determinados intereses.

Reflexiones finales

De lo desarrollado hasta aquí, es evidente que la ética debe ser el bastión del ejercicio profesional del abogado en cualquier ámbito y, particularmente, en la esfera penal.

24

American Bar Association, *Reglas Modelo de Conducta Profesional* (EEUU: ABA, 1983)

La explicación de las reglas de la ABA en esta materia indican que; “El tribunal tiene una objeción adecuada cuando el juzgador de los hechos puede ser confundido o engañado por un abogado que actúa como abogado y testigo. La parte contraria tiene una objeción adecuada donde la contaminación de roles puede perjudicar los derechos de esa parte en litigio. Se requiere un testigo para declarar sobre la base del conocimiento personal, mientras que se espera que un abogado pueda explicar y comentar la evidencia dada por otros. Puede que no esté claro si la declaración de un abogado – testigo debe tomarse como prueba o como un análisis de la prueba.

Si bien la actuación de los litigantes en el contexto de un Código Procesal Penal novedoso y orientado a la oralidad requiere de estrategia y creatividad para generar una interpretación que permita una aplicación efectiva de sus disposiciones, todo ese ejercicio es necesario realizarlo con enfoque en lo que idealmente debe ser, lo justo, lo correcto, lo que provoque equilibrio y materialización de los derechos previstos en los tratados internacionales, la Constitución Política y, por supuesto, en la propia ley.

Para los defensores públicos, representantes de víctimas oficiosos u oficiales y fiscales, como funcionarios públicos, corresponde que tengan presente que ocupar un cargo público implica una gran responsabilidad, no solamente en posiciones de poder o de liderazgo, sino en cualquier nivel. Esto, porque no solo es relevante conducirse de acuerdo a altos estándares éticos cuando se tiene facultad para tomar decisiones o influir en ellas, sino también cuando se realiza cualquier función en el contexto de la administración pública, incluida la representación legal, porque la designación proviene de la confianza pública y tal ejercicio es pagado con los ingresos que genera el Estado producto de los impuestos o de otras actividades económicas en las que ampliamente contribuyen los particulares. Si bien cada uno despliega un rol distinto en el proceso penal es su deber no cruzar las líneas de la legalidad y de la ética.

En cuanto a los abogados particulares, en los últimos años ha sido notorio el trabajo que se ha dado en el sector privado con una alta carga de ética, gracias al desarrollo del buen gobierno corporativo y el cumplimiento normativo o “compliance”, pero aún se requiere más. El ejercicio profesional desde el ámbito privado no puede identificarse con una selva en la cual sobrevive el más fuerte, ni mucho menos un enfrentamiento con lo público. Este ejercicio profesional debe caracterizarse por la lealtad a las reglas y principios que orientan la abogacía, por la lealtad al cliente y respeto entre colegas, cada uno sirviendo con ética para la mejor representación de los derechos, intereses y libertades que le sean confiados.

Es pues, el propósito de estas líneas, contribuir a que se piense la ética como el modo de vida, aquella que orienta los pasos del abogado frente a los clientes, frente a la contraparte y ante a los tribunales. Esa que da la tranquilidad de conciencia y la satisfacción del deber apropiadamente cumplido.

BIBLIOGRAFÍA

American Bar Association. 2021. Reglas Modelo de Conducta Profesional. EEUU: ABA

Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. 2008. Guías de Santiago sobre Protección de Víctimas y Testigos. República Dominicana: AIAMP

Binder, Alberto; Ed Cape, Zaza Namoradze. 2015. Defensa penal efectiva en América Latina. Colombia: Dejusticia.

Código Procesal Penal Federal. 2019. República de Argentina: SAIJ

Consejo de Colegios de Abogados de Europa AISBL (CCBE). 2004 Código de Deontología de los Abogados Europeos. Bruselas: CCBE. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigodeontologico.pdf>

Couture, Eduardo. 2013. Los Mandamientos del Abogado. Colombia: Ediciones Coyoacán.

De Castro D, Delia A. 2010. La planificación de la investigación, La Prensa, 14 de diciembre, sección opinión. https://www.prensa.com/imprensa/opinion/planificacion-investigacion_o_2999700167.html

Duce, Mauricio y Riego, Cristian. 2002. Proceso Penal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Entrevista a Carlos A. Barsallo. Por Guillermo Adames., Infoanálisis (20 de mayo de 2022): https://www.youtube.com/watch?v=yC9Y2LRPLsY&ab_channel=OmegaStereo107.3

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. 2015. Guía práctica 2015. Deontología, derechos, deberes y régimen de responsabilidad del Abogado. Madrid: Ilustre Colegios de Abogados de Madrid.

Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2019. Ética pública y conflictos de intereses. Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Oficina Anticorrupción. <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/manual-etica.pdf>

Organización de las Naciones Unidas (ONU). 1985. Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder.

Osorio y Gallardo, Ángel. 2018. El alma de la toga. Buenos Aires: Editorial Olejnik.

Pedreschi, Carlos Bolívar. Año. Decálogo del Abogado. Panamá: Universidad Santa María La Antigua.

Rodríguez Manzanera, Luis. 2002. Victimología. Estudio de la Víctima. México: Editorial Porrúa <https://www.derechopenalenlared.com/libros/victimologia-estudio-de-la-victima-luis-rodriguez-manzanera.pdf>

Saldaña Serrano, Javier. 2019. Ética en el nuevo sistema Penal Acusatorio y Oral. Un primer acercamiento. En Desafíos del Sistema Penal Acusatorio, coords. Patricia González Rodríguez y Jorge Witker, 171-204 (México: Universidad Nacional de Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5549/11.pdf>

X Congreso Nacional de Abogados. 2011. Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado (Panamá: Gaceta Oficial N° 26796)

XIX Cumbre Judicial Iberoamericana. 2018. Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. <https://www.justiciacordoba.gob.ar/Estatico/justiciaCordoba/files/TSJ/DDHH/100%20Reglas%20de%20Brasilia%20sobre%20Acceso%20a%20la%20Justicia.pdf>

CAPÍTULO 2²⁵

BÚSQUEDA DE INFORMACIÓN PARA EL DEBATE EN AUDIENCIAS EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO. VARIABLES ÉTICAS RELEVANTES²⁵

IDEAS INICIALES²⁶

Relevancia de la información necesaria para el debate en audiencias en un sistema procesal penal acusatorio

La idea de un litigio de partes que separa radicalmente las funciones de investigación de las funciones de garantía y juzgamiento, y donde el juez o jueza ostenta posiciones de genuina imparcialidad en audiencia, en su doble rol de control de garantías y/o juzgamiento, traslada a los litigantes la responsabilidad de llevar la información necesaria, pertinente y suficiente para justificar y fundamentar sus pretensiones. Ello supone importantes esfuerzos de búsqueda, acopio y procesamiento de información previo a los debates de audiencia y a su turno genera responsabilidades

25 **Rafael Blanco Suárez**, Abogado de la Universidad Católica de Chile. LLM (Master) en Derecho Procesal Penal por la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Penal Estratégica de la Universidad Jesuita Alberto Hurtado de Chile. Ha sido Profesor visitante de la Facultad de Derecho de Loyola Chicago en Estados Unidos, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, de la Facultad de Derecho de la Universidad University of Florida en Gainesville, profesor de cursos de Litigación en American University en Washington DC y en la Universidad Anáhuac del Norte en México. Ha sido Consultor del Banco Mundial, del Banco Interamericano de Desarrollo, del Programa de Naciones Unidas para el desarrollo para proyectos de modernización del sistema de Justicia Penal.

26 Este capítulo del Libro ha sido escrito usando como apoyo, entrevistas a actores institucionales del sistema penal y a litigantes privados. Especial mención debe realizarse a los aportes realizados por Joanna Heskia (Profesora de Derecho Procesal Penal y Litigación Estratégica y abogada particular), Ángel Valencia (Profesor de Litigación Penal Estratégica, ex fiscal del Ministerio Público de Chile y abogado particular), Jaime Retamal (Profesor de Derecho Penal y derecho Procesal Penal y actual Fiscal de la Unidad de Alta Complejidad del Ministerio Público de Chile) y Leonardo Moreno (profesor de Derecho Procesal Penal y Litigio Estratégico y ex Defensor Penal Público).

entre los operadores según sus roles y una fuerte competencia por contar de modo oportuno con los antecedentes que se requerirán para representar los intereses de parte en cada audiencia.

Esta dinámica de búsqueda, investigación, almacenamiento, y procesamiento de información previo a las audiencias y posteriormente su presentación en las mismas, genera importantes debates y conflictos que poseen implicancias muy complejas y variadas. En este texto nos concentraremos en aquellas variables relacionadas con las exigencias éticas que resultan esenciales para garantizar un litigio de buena fe, responsable y compatible con las exigencias del sistema de justicia y el Estado de Derecho²⁷ por una parte y al mismo tiempo con la necesidad de construir estándares y criterios que atendiendo las demandas y exigencias éticas, sean compatible con la perspectiva de parte y defensa de los intereses de quienes son representados²⁸ por la fiscalía, defensa penal pública o abogados o abogadas particulares que actúan en calidad de querellantes-en los sistemas que lo permiten- o defensas.

Esta necesidad de identificar y sistematizar las variables éticas del ejercicio profesional y las mejores prácticas de los operadores del sistema de justicia penal en relación a la búsqueda y recopilación de información en el sistema procesal penal es una condición para asegurar una mejor justicia, que resulte legítima y creíble para los justiciables y sea la base de un sistema de regulación de conflictos y restablecimiento de la paz social, sin que ello lesione la adecuada representación de intereses de las partes y sus pretensiones en el proceso penal²⁹.

27 Ver a este respecto el Artículo 2° del Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile que señala lo siguiente: “Art 2. Cuidado de las instituciones. Las actuaciones del abogado deben promover, y en caso alguno afectar, la confianza y el respeto por la profesión, la correcta y eficaz administración de justicia, y la vigencia del estado de derecho”. Consejo Federal de Colegio de Abogados de Chile, *Código de ética profesional* (Chile: Colegio de Abogados de Chile A.G, 2011)

28 Ver a este respecto el Artículo 3° del Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile que señala lo siguiente: “Art 3. Lealtad con el cliente y respeto por su autonomía. El abogado debe obrar siempre en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés al de cualquier otra persona, incluyendo al suyo propio. En el cumplimiento de este deber el abogado debe respetar la autonomía y dignidad de su cliente. El deber de lealtad del abogado no tiene otros límites que el respeto a la ley y a las reglas de este Código”.

29 Sobre la tensión entre representación de intereses de parte y adecuado respeto a las bases del sistema jurídico ver Rodrigo Coloma “Abogados Fastidiosos”, en *Ética y Derecho: jornadas de ética profesional del abogado (2016-2018)*, ed. Sebastián Contreras (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019)

Áreas Complejas

Existen un conjunto de temas o áreas problemáticas con implicancias éticas en las distintas fases y etapas del proceso penal y especialmente en la fase de investigación criminal y recolección de información que requiere el desarrollo de guías, estándares y reglas éticas que generen mayores orientaciones, pautas y certezas sobre las conductas permitidas, prohibidas o requeridas por parte de los operadores y actores públicos y privados del sistema de justicia criminal, las que destacaremos en los siguientes apartados.

Entrevista con el cliente. Litigantes Privados

Una de las primeras actuaciones que asumen los litigantes penales que representan los intereses del cliente es el recibir la información y peticiones de sus representados. Ello importa respetar un conjunto de exigencias básicas de carácter ético entre las que es posible identificar las siguientes:

- a. *Deber de Confidencialidad de la información recibida.* Todo abogado o abogada debe resguardar la información que recibe de su cliente relacionada con el caso o asunto profesional para el cual se le requiere su consejo y acciones propias del ejercicio profesional^{30 31}. Lo anterior supone *deberes de no divulgación* por una parte a la par de deberes de resguardo de tal información³².

Resulta interesante agregar a este respecto ámbitos más precisos a los cuales debiera extenderse el deber de confidencialidad, tal como lo preceptúa el artículo 46 del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile señala lo siguiente:

30 Ver a este respecto artículo 7 del Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile; ver asimismo artículo 9 del Código Deontológico del Defensor Penal Público de Chile.

31 Ver regla 2.3 del Código de Deontología de los Abogados Europeos. Consejo de Colegios de Abogados de Europa AISBL (CCBE) *Código de Deontología de los Abogados Europeos*. (Bruselas: CCBE, 2006), 7

32 Este punto fue tratado extensamente en el capítulo I del presente Manual.

“Título IV: Deber de confidencialidad § 1. Deber de confidencialidad para con el cliente.

Artículo 46. Deberes que comprende el deber de confidencialidad. El deber de confidencialidad comprende: a) Prohibición de revelación. El abogado debe abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan dicha información y que se encuentran bajo su custodia. b) Deberes de cuidado. El abogado debe adoptar medidas razonables para que las condiciones en las que recibe, obtiene, mantiene o revela información sujeta a deber de confidencialidad sean tales que cauteleen el carácter confidencial de esa información; y c) Deber de cuidado respecto de acciones de colaboradores. El abogado debe adoptar medidas razonables para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por quienes colaboran con él”.

A su turno las reglas modelos de conducta de American Bar Association regulan los deberes de confidencialidad en la regla 1.6 que establece por una parte una regla general de prohibición y luego hipótesis específicas de excepción.

“REGLA 1.6 –CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN

(a) Un abogado o una abogada no deberá divulgar información relacionada con la representación de su cliente a no ser que su cliente preste el consentimiento informado, la divulgación de la información esté autorizada implícitamente por ser necesaria para representar a su cliente, o la divulgación esté permitida por el párrafo (b).

(b) Un abogado o una abogada puede divulgar la información relacionada con la representación de su cliente que crea razonablemente necesaria: (1) para evitar una muerte razonablemente cierta o un grave daño corporal; (2) para evitar que su cliente cometa un crimen o acto fraudulento que con certeza razonable ocasionará un daño sustancial a los intereses económicos o propietarios de terceros y para lo cual su cliente haya usado

o esté usando los servicios del abogado o de la abogada; (3) para prevenir, mitigar o rectificar un daño sustancial a los intereses económicos o propietarios de otra persona que con certeza razonable hayan sido o puedan ser resultado de un acto criminal o fraudulento de su cliente para el cual se haya valido de los servicios profesionales prestados por el abogado o la abogada; (4) para obtener consejo legal sobre el cumplimiento del abogado o la abogada con estas Reglas; (5) para establecer una reclamación o defensa a su favor en una controversia con su cliente, para interponer una defensa contra cargos criminales o reclamaciones civiles en su contra por razón de conducta en la cual el cliente estuvo involucrado, o para contestar alegaciones en cualquier procedimiento concerniente a la representación de su cliente; (6) para cumplir con alguna ley u orden judicial; o (7) para detectar o resolver conflictos de intereses que surjan por razón de que el abogado o la abogada haya cambiado de empleo o por cambios en la composición o los intereses propietarios de una firma o bufete, pero únicamente si la información divulgada no afectará el privilegio abogado cliente o perjudicará a su cliente. (c) Un abogado o una abogada deberá hacer esfuerzos razonables para evitar la divulgación inadvertida o no autorizada de, o el acceso no autorizado a, información relacionada con la representación de su cliente.”³³

- b. Sobre la base de la información recibida, el litigante debe *ofrecer al cliente una perspectiva sobre las opciones procesales de la causa*, sin decidir sobre la misma, antes que el cliente comprenda y acepte la mejor alternativa ofrecida. Sobre este particular es interesante revisar el contenido de las reglas contenidas en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile, y en especial el inciso primero del artículo 28 que señala lo siguiente: “Artículo 28. Deberes de información al cliente. El abogado debe informar sobre los riesgos y alternativas de acción de modo que el cliente se encuentre en condiciones de evaluarlos sin hacerse falsas expectativas.”

33

Ver a este respecto Defensoría, “Código deontológico de defensores y defensoras penales públicos”, 93 La Revista de la Defensoría Penal Pública, septiembre 2010, 10

- c. El litigante, previo a desplegar acciones específicas en el proceso penal, deberá consultar y averiguar con el cliente los intereses³⁴ que el mismo persigue a fin de satisfacer adecuadamente el encargo procesal³⁵. Asimismo, debe determinar la estrategia a seguir en conjunto con su representado o representada. A este respecto es interesante lo señalado en el Título primero, sobre estándares de Defensa Técnica de la Defensoría Penal Pública de Chile³⁶: “El defensor o defensora elabora y desarrolla la estrategia de defensa, de acuerdo a la decisión que adopte la persona imputada, informada de manera completa, objetiva y veraz, de los antecedentes del caso y la mejor solución jurídica posible”.
- d. Si la información recibida coloca al abogado o abogada en una situación de conflicto de interés³⁷ por sus vínculos o relaciones con la parte contraria, deberá declararlo y denegar el encargo del caso.
- e. En esa primera entrevista el litigante deberá dejar claro al cliente las condiciones de remuneración u honorarios que serán cobrados por cada actuación o fase del proceso en base a criterios predefinidos y comprensibles³⁸.
- f. Es responsabilidad del abogado o abogada el informar permanentemente al cliente de lo sucedido con la causa y sus actualizaciones³⁹.

34 Ver regla 2.7 del Código de Deontología de los Abogados Europeos. Consejo de Colegios de Abogados de Europa AISBL (CCBE) *Código de Deontología de los Abogados Europeos*, (Bruselas: CCBE, 2006), 7

35 Código del Proceso Penal (Uruguay: DO, 2017), artículo 71.3.

36 Resolución 88 exenta aprueba nuevos estándares básicos para el ejercicio de la Defensa Penal Pública. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Resolución 88 EXENTA*, (Chile: Defensa Penal Pública, 2019)

37 Consejo de Colegio de Abogados de Europa, *Código de Deontología de los Abogados Europeos*, regla 3.2

38 Este tema ha sido tratado extensamente en el capítulo primero del presente manual. Ver como complemento a este respecto los artículos 33 a 41 del Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile.

39 Ver regla 3.1.2 del Consejo, *Código de Deontología de los Abogados Europeos*; ver asimismo ABA (2021) regla 1.4 a) (3). American Bar Association, *Reglas de Conducta Profesional* (EEUU: ABA, 2021)

- g. Es deber del abogado o abogada desarrollar todas las acciones y diligencias que el caso exige para la adecuada representación de los intereses del cliente en cada etapa del proceso.
- h. El abogado o abogada no deberá asumir la representación de un caso en el evento de carecer de los conocimientos legales y habilidades⁴⁰ necesarios para la adecuada representación del cliente.^{41 42}

Buenas Prácticas

Dentro de las buenas prácticas que es posible identificar en la recepción de un caso y los futuros deberes con los clientes se encuentran las siguientes:

- a. Revisar antes de la primera entrevista con el cliente el nombre y antecedentes de las partes en el litigio a objeto de verificar la inexistencia de conflictos de interés
- b. Recabar antecedentes del caso, previo a la primera entrevista con el cliente, a objeto verificar la inexistencia de conflictos de interés

Entrevista con el imputado o imputada. Caso de la Defensa Penal

En el caso de los defensores y las defensoras penales, la primera entrevista con el cliente supone distinguir el momento y contexto, pues si se trata de una entrevista en la oficina del defensor o defensora existe el tiempo para abordar los temas antes señalados con más tiempo y dedicación, pero si el cliente está detenido, la primera entrevista se produce en contextos de mayor precariedad y celeridad.

Lo señalado obliga a incorporar en el caso de clientes detenidos los temas que serán propios de una audiencia o etapa de control de la detención para lo cual deberá esmerarse en función de lógicas de eficiencia

40 Ver Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Guía Práctica 2015. Deontología, derechos, deberes y régimen de responsabilidad del abogado (Madrid: ICAM, 2015) regla 1.1.

41 American Bar Association, Reglas de Conducta Profesional (EEUU: ABA, 2021), regla 1.1.

42 Ver Consejo Federal, Código de Ética Profesional de Chile, artículo 25.

y eficacia para, además de resguardar los aspectos antes enunciados, obtener la información que le permitirá sostener en tales audiencias o instancias las pretensiones claves de su cliente. Entre las informaciones que deben ser buscadas y obtenidas están las siguientes:

- a. Motivo⁴³ y Condiciones de la detención. En este caso deberá buscarse los antecedentes que permiten verificar si se justifica o ajusta el caso concreto a la causal de detención invocada, ya sea flagrancia, caso urgente u otra.
- b. Verificar lectura de derechos del cliente
- c. Verificar trato físico recibido y eventuales actos vulneratorios de derechos y garantías del detenido o detenida
- d. Tiempo transcurrido desde la detención

Temas adicionales en el caso del cliente detenido

Un factor relevante que debe tenerse presente desde la perspectiva ética y las buenas prácticas en la situación del cliente detenido refiere a la necesidad de tener o contar con un espacio y tiempo adecuado para entrevistarlo y preparar el caso⁴⁴.

Lo anterior implica observar las siguientes directrices éticas:

- a. El abogado o abogada defensora debe siempre conversar con el cliente antes de presentar sus argumentos y pretensiones en audiencia para recabar antecedentes útiles y necesarios y conocer los intereses de la persona que será representada.

43 Esto es concordante con lo establecido en el artículo 7 numeral 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece: “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella”. Organización de los Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Costa Rica: OEA, 1969)

44 Esta exigencia es un derecho reconocido en el artículo 8 numeral 2 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: “c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;”.

- b. Si el tiempo o condiciones no han permitido la entrevista previa, el abogado o abogada defensora deberá solicitar al juez de control o garantías que, sin aplazar la audiencia, la suspenda momentáneamente y por un tiempo prudencial para poder realizar la entrevista y obtener los antecedentes para representar adecuadamente los intereses del cliente. Obviamente esta entrevista goza del privilegio de reserva por lo que no forma parte de los temas de la audiencia inicial y no debe quedar registro de su contenido⁴⁵.
- c. La necesidad de un tiempo adecuado para entrevistar y conferenciar con el cliente por parte de la defensa puede también ser alegada como un supuesto de cautela de garantías que reconocen varias legislaciones procesal penales.

Otras variables éticas relevantes de la entrevista del Defensor o Defensora con el cliente.

Intervención de los hechos. El abogado o abogada defensora debe escuchar el relato del cliente siguiendo las siguientes directivas éticas:

- a. No podrá influir indebidamente en el relato para agregar hechos inexistentes. Sobre este particular parece útil distinguir, siguiendo en esto al profesor Rodrigo Coloma, entre hechos primarios y hechos inferidos o explicados a partir de estos.

“... Los requerimientos acerca de la verdad en el contenido de los discursos en un proceso serán distintos dependiendo si de lo que se está hablando son hechos primarios o bien de explicaciones o inferencias a partir de éstos. Entiendo por hechos primarios como aquellos respecto de los cuales hay un bajo nivel de reconstrucción por parte del que los formula y, en cambio, una estrecha conexión con lo que directamente habría sido observado”⁴⁶.

45 Ver a este respecto el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre garantías Judiciales en su numeral 2 letra d) que establece lo siguiente: “derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor”.

46 Rodrigo Coloma, “Vamos a contar mentiras, tralará...o de límites a los dichos de los abogados”, *Revista Derecho (Valdivia)* vol 19, n2, diciembre de 2006, 22.

- b. No podrá alterarlo o modificarlo, transgrediendo la verdad de lo escuchado y sucedido.
- c. El abogado o abogada no debe aconsejar al cliente a incurrir en actos penalmente ilícitos, debiendo además explicar al mismo las consecuencias de tales actos.⁴⁷
- d. El abogado o abogada debe actuar anteponiendo los intereses de su cliente en el proceso y siguiendo las instrucciones que ha recibido del mismo para lograr satisfacer tales intereses, teniendo todo ello como límite dos elementos:
 - d.1. La experiencia, conocimiento o buen juicio profesional del abogado o abogada que puede permitirle advertir los perjuicios de las instrucciones recibidas por el cliente para satisfacer los intereses declarados;
 - d.2. Las instrucciones fueran contrarias a la ley o a la ética profesional.⁴⁸

En ambos casos, es deber del abogado o abogada representar tales situaciones para modificar las actuaciones procesales futuras o la estrategia del caso o bien poner término a la prestación de servicios profesionales.

Sin perjuicio de ello, son acciones lícitas y legítimas las siguientes:

- a. Identificar los elementos útiles y pertinentes del relato del cliente o testigos para representar los intereses del cliente y poder sostener las versiones y peticiones que logran mejorar la situación procesal de la persona imputada y detenida.

La fuente de tales antecedentes es el propio imputado o imputada o testigos que son revelados en la entrevista y cuyas

47 Ver a este respecto ABA regla 1.2.(d), Reglas de Conducta Profesional de American Bar Association, que señala lo siguiente: “ Un abogado o una abogada no deberá aconsejar o ayudar a su cliente para que incurra en conducta que el abogado o la abogada sabe que es criminal o fraudulenta, más el abogado o la abogada podrá discutir con su cliente las consecuencias jurídicas de cualquier conducta propuesta por su cliente y puede aconsejarlo o asistirlo para que haga un esfuerzo de buena fe para determinar la validez, alcance, significado o aplicación de una ley.

48 Ver *Código de ética Profesional del Colegio de Abogados de Chile*, artículo 29.

identidades pueden ser acreditadas para efectos de la argumentación en audiencia. La otra fuente que el abogado defensor debe revisar con detenimiento y exhaustividad es la carpeta de investigación de la fiscalía, a objeto de verificar la consistencia de los antecedentes, la veracidad de los mismos o posibles datos que permitan sostener la posición y versiones de la defensa.

El relato de los hechos es fundamental pues resulta ser la base fáctica que permite al tribunal identificar los hechos y variables jurídicas relevantes para justificar las peticiones y fundar las argumentaciones en cada fase del proceso y poder estructurar una estrategia posible en base a la información recibida.

- b. Intervenir los hechos relevantes y útiles en el sentido de seleccionar aquellos que representan de mejor forma los intereses del cliente y que se basan en la información efectivamente obtenida.
- c. La información residual o no empleada por el abogado o abogada defensor en su estrategia, no deberá ser proporcionado en audiencia a la fiscalía o contrapartes⁴⁹, dado su deber de confidencialidad.

Debate de Medidas Cautelares

El debate de medidas cautelares personales o de coerción, que se produce con ocasión de la imputación de los hechos o posterior a la misma, obliga a los defensores y defensoras a acopiar información relevante para hacer frente a las solicitudes de prisión preventiva u otra medida cautelar personal que el fiscal solicita que se imponga al imputado o imputada.

Dentro de los deberes básicos e ineludibles de todo defensor o defensora está el buscar proactivamente antecedentes que permitan

49 Esta es una diferencia relevante con la fiscalía, quien no puede desechar la información residual o que no utilizará en audiencia, debiendo siempre colocarla a disposición de los otros intervinientes, salvo las excepciones legales procedentes.

establecer o acreditar las siguientes áreas de temas e informaciones que serán requeridas en las audiencias:

- a. Información sobre el hecho ilícito para eventualmente descartar su existencia o recalificar jurídicamente su gravedad.
- b. Información y antecedentes de respaldo para descartar la participación del imputado o imputada en los hechos que se investigan.
- c. Información personal del imputado o imputada sobre arraigo social y familiar para acreditar ausencia de peligro de fuga.
- d. Antecedentes penales previos del imputado o imputada para poder verificar posibles áreas de argumentación sobre pronóstico de pena, fuga, u otras variables que el fiscal puede hacer valer en la audiencia para sostener la plausibilidad de una prisión preventiva y poder rebatir o contraargumentar las posiciones o peticiones de la fiscalía.
- e. Antecedentes sobre los hechos imputados, sus calificaciones jurídicas y los contextos de los mismos, que permiten descartar riesgos para el éxito de la investigación, desvirtuar riesgos de destrucción de material probatorio por parte del imputado o imputada, o riesgos relacionados con posibles atentados contra la víctima del ilícito investigado.

Investigación Autónoma de la Defensa Penal

El conjunto de aspectos y temas expresados en los apartados anteriores colocan de relieve el deber ético ineludible de todo abogado defensor o defensora de realizar acciones de investigación propias y autónomas⁵⁰ desde los primeros momentos de una investigación criminal, para poder representar adecuadamente los intereses del imputado o imputada y acreditar su inocencia o bien o buscar la mejor estrategia penal posible, disponible y acreditable⁵¹.

50 Rafael Blanco et al, *Litigación Penal Estratégica en Juicios Orales*, (Chile: Tirant Lo Blanch, 2020), 56 y ss.

51 En este mismo sentido ver artículo 8 numeral 2 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Si bien es cierto que la carga probatoria corresponde al Ministerio Público, no es menos cierto que ello no resulta sinónimo de pasividad o inacción de la defensa, pues el rol de todo defensor o defensora impone las siguientes reglas éticas:

- a. Representar los intereses de su cliente para evitar una investigación penal arbitraria o injusta.
- b. Recabar los antecedentes o pruebas que permiten sostener la versión del imputado o imputada y que descartan o cuestionan los antecedentes o pruebas de cargo.
- c. Evitar la imputación o formalización, o bien una formalización de carácter arbitraria,
- d. Impedir la aplicación de una medida cautelar o la aplicación de una injustificada o desproporcionada de conformidad con los antecedentes del caso
- e. Instar por una negociación que, informada y aceptada por el cliente, sea beneficiosa para el imputado o imputada o para acusado o acusada. En este sentido el Código de Deontología de los Abogados Europeos establece en su regla 3.7. Asistencia jurídica gratuita, y más específicamente en su acápite 3.7.1., lo siguiente: “El Abogado deberá intentar en todo momento buscar la solución más adecuada en función de la relación coste-efectividad, y deberá aconsejar a su cliente en los momentos oportunos respecto a la conveniencia de llegar a un acuerdo o de acudir a métodos de resolución alternativa de conflictos”.
- f. Impedir una condena penal o la procedencia de una pena desproporcionada en su caso.

Todo lo anterior supone una investigación propia y autónoma de la Defensa, que se complementa con dos obligaciones adicionales:

- a. Desarrollo de líneas de investigación de la Defensa para buscar evidencias de descargo.
- b. Solicitar de la propia fiscalía, en su caso y de ser necesario, la realización de actividades de investigación para desvirtuar la

justificación de la investigación o imputación realizada o bien para buscar evidencias o antecedentes de descargo. De ser rechazadas estas solicitudes de prueba o diligencias, el abogado defensor o defensora debe reclamar administrativamente ante las instancias superiores de la fiscalía que correspondan y en último caso recurrir ante el juez o jueza de control o garantías para que, en uso de las facultades de cautela de garantías, ordene a la fiscalía la realización de tales diligencias.⁵²

Abandono de la Defensa

Un Abogado o abogada puede renunciar a la representación de un cliente en los siguientes casos:

- a. Cuando es relevado por el cliente del encargo profesional⁵³
- b. Cuando el abogado o abogada carece o pierde las capacidades, destrezas o habilidades necesarias para satisfacer adecuadamente dicha representación.⁵⁴
- c. Cuando el cliente utiliza los servicios del abogado o abogada para perpetrar un crimen o simple delito.⁵⁵
- d. Cuando existe pérdida de confianza sustancial entre cliente y abogado o abogada fundado en desacuerdos sustantivos sobre la estrategia del caso⁵⁶.

Si el abogado o abogada de la Defensa decide renunciar al encargo del cliente deberá igualmente realizar todas las actuaciones que sean necesarias para que el imputado o imputada o acusado o acusada no vean menoscabados sus derechos y garantías.⁵⁷

52 Código Procesal Penal (Chile: DO, 2002), artículo 257: permite al defensor o defensora solicitar la reapertura de la investigación en determinados casos por afectación de derechos del imputado.

53 American Bar Association, regla 1.16 (a) (3).

54 American Bar Association, regla 1.16 (a) (2)

55 American Bar Association, regla 1.16 (b) (3)

56 American Bar Association, regla 1.16 (b)(4)

57 Artículo 76.1 del Código del Proceso Penal Uruguayo; regla 3.1.4 del Código de Deontología de los Abogados Europeos. En el mismo sentido, Código Procesal Penal Federal (Argentina: BO, 2019), artículo 77.

Sobre este punto específico, la regla 1.16(d) sobre Rechazo o Terminación de la representación del cliente, contenida en las reglas modelo de conducta profesional de American Bar Association establece lo siguiente:

“(d) Al terminar la representación, el abogado o la abogada tomará las medidas que sean razonables para proteger los intereses de su cliente, tales como notificarle con tiempo suficiente, concederle tiempo para que obtenga nueva representación, entregarle documentos y propiedad a los cuales tenga derecho y devolverle cualquier adelanto de honorarios que no hayan sido devengados o sumas adelantadas para gastos que no hayan sido incurridos. El abogado o la abogada podrá retener aquellos documentos relacionados con su cliente a los cuales tenga derecho según la ley”.

En el caso de las Defensas Institucionales públicas, los sistemas de asistencia judicial deben establecer sistemas para asignar otro defensor o defensora público, o privado en su caso, cuando existe pérdida de confianza del imputado o imputada hacia su abogado defensor u otra situación análoga.

Es una buena práctica y por tanto recomendable que las instituciones que proveen servicios de Defensa Penal Pública o institucional establezcan comisiones de ética y al mismo tiempo estándares para la provisión de servicios de asistencia judicial de modo de guiar y resolver problemas en las relaciones que se pueden producir entre el cliente y su abogado o abogada, tendiendo siempre a privilegiar la adecuada representación de los intereses del representado o representada bajo las exigencias de un sistema jurídico coherente con un Estado de Derecho.

Entrevista con la víctima. Caso de la Fiscalía

Cuando el fiscal recibe a la víctima del caso en su primera entrevista deberá observar en su actuación las siguientes reglas y estándares éticos

- a. Debe informar a la víctima de sus derechos y atribuciones en el proceso⁵⁸

58

Ver artículo 81.2 letra a) del Código Procesal Penal de Uruguay. En este mismo sentido ver art 80 letra f) del Código Procesal Penal Federal de Argentina

- b. Si el Fiscal advierte problemas de especial vulnerabilidad de la víctima deberá tomar las medidas para dar debida protección y resguardo a la víctima y eventualmente su entorno⁵⁹
- c. Deberá advertir a la víctima de su obligación de declarar la verdad de lo ocurrido⁶⁰. Junto a ello deberá siempre verificar la confiabilidad del relato y su coherencia y consistencia a objeto de evitar los problemas de visión de túnel o sesgos de anclaje.
- d. Deberá entrevistar a la víctima sobre los hechos del caso y registrar en actas las informaciones recibidas sin influir indebidamente en las respuestas de la víctima
- e. En el proceso de entrevista y búsqueda de información, deberá evitar focalizar los hechos del caso en forma arbitraria en desmedro de explicaciones alternativas, a efectos de evitar errores o prejuicios que pueden ocasionar daños posteriores a la investigación. En este punto es de especial relevancia evitar la visión de túnel y los denominados sesgos cognitivos, pues estos últimos, “no solo están presentes al momento de interpretar una evidencia en particular. Por el contrario, una vez que se interpreta en forma sesgada una pieza particular de evidencia, necesariamente se afectará el análisis o interpretación de evidencias posteriores, así como también el proceso de integración de la totalidad de las evidencias del caso”⁶¹
- f. El Fiscal deberá evitar conducir el interrogatorio desde estereotipos o prejuicios que puedan afectar las condiciones de la entrevista o la predisposición de la víctima a entregar la información debida y oportunamente.
- g. El fiscal deberá aclarar a la víctima los roles y funciones de la fiscalía, a objeto de evitar la confusión entre los legítimos intereses

59 Ver artículo 80 letra c) Código Procesal Penal Federal de Argentina

60 En algunas legislaciones se toma juramento o promesa de decir verdad a los testigos y víctimas que declaran en sede de la fiscalía, otras en cambio no aplican esta exigencia. Lo señalado es materia de profundo debate en la lógica de un sistema acusatorio.

61 Víctor Beltrán, “Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 34 (junio 2021), 21

de la víctima y los intereses de la fiscalía. Una manifestación de ello es el deber de informar a la víctima de su eventual decisión de buscar acuerdos o salidas alternativos al proceso en el debido momento procesal, para efectos de que la víctima pueda preparar sus argumentos y eventualmente oponerse a las pretensiones de la fiscalía⁶².

- h. Un asunto de la mayor relevancia ética dice relación con la obligación de registrar en forma íntegra la declaración de la víctima, evitando alterar, manipular, seleccionar o parcializar las informaciones y declaraciones que la víctima proporcione.

Lo anterior supone evitar acciones tales como:

- h.1. Sostener conversaciones en off con la víctima que no quedan registradas

- h.2. Sesgos en la transcripción de la información que reflejan opiniones u opciones del fiscal que interroga

- h.3. Realizar registros parciales de la declaración, que den cuenta de un resumen, o únicamente de elementos inculpatorios

- i. La fiscalía deberá evitar la revictimización de la víctima debiendo para ello adoptar las siguientes medidas:

- i.1. Evitar la repetición de entrevistas o interrogatorios ante diversas autoridades o fiscales. Ello importa evitar que la víctima deba declarar sucesivamente sobre los mismos hechos ante diversas instituciones o autoridades

- i.2. En los casos en que las legislaciones procesales lo permitan, se deberá instar por la recepción de la declaración de la víctima como prueba anticipada y/o la recepción de la declaración en cámara Gesell.

Entrevista con el Imputado o Imputada. Caso de la Fiscalía

Cuando la fiscalía decida entrevistar al imputado o imputada, tomando en cuenta por cierto la necesaria voluntariedad de tal declaración⁶³, deberá observar los siguientes lineamientos éticos:

- a. Esta entrevista deberá ser siempre voluntaria, no pudiendo forzar o coaccionar indebidamente al imputado o imputada a efectuarla, atendido su derecho a guardar silencio⁶⁴
- b. La entrevista deberá efectuarse previa lectura de sus derechos, especialmente su derecho a guardar silencio y a contar con abogado que le asista, y con mención de los hechos o cargos por los cuales se le investiga o imputa⁶⁵.
- c. El tiempo de duración de la entrevista deberá considerar las condiciones de salud y edad del imputado o imputada.
- d. La entrevista deberá ser registrada en forma fidedigna e íntegra en las actas y registros de la fiscalía.
- e. No podrá coaccionarse indebidamente al imputado o imputada o vulnerar sus derechos o garantías procesales o constitucionales.
- f. El imputado o imputada podrá requerir la presencia de su abogado o abogada defensora. Siendo este por lo demás un requisito de validez de la entrevista en algunas legislaciones procesales⁶⁶.

63 Ver artículo 65 letras c) y h) del Código Procesal Penal Federal de Argentina

64 El derecho a guardar silencio es una de las garantías judiciales que reconoce la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 numeral 2 letra g) que establece que: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".

65 Ver artículo 65 letra h) Código Procesal Penal Federal de Argentina

66 Ver artículo 70 inciso tercero del Código Procesal Penal Federal de Argentina

Entrevista con Testigos del Caso. Caso de la Fiscalía

En los casos en que el Fiscal decida entrevistar testigos del caso, deberá seguir los siguientes lineamientos éticos

- a. El Fiscal deberá informar al testigo en su primera entrevista acerca de sus derechos y obligaciones, y en especial el ser veraz en cuanto a la información que proporcione⁶⁷.
- b. El Fiscal deberá consignar la versión del testigo sin modificar lo declarado o alterar las respuestas proporcionadas. Lo señalado debe entenderse sin perjuicio de la necesidad de solicitar explicaciones frente a términos o vocablos que no sean posibles de entender o ampliar las respuestas a temas o hechos que el testigo no ha referido.
- c. El fiscal podrá dirigir y focalizar la entrevista en aquellos temas que estime pertinente, sin que ello signifique o implique dejar de consignar o registrar las respuestas del testigo que referan a focos o explicaciones alternativos que no coincidan necesariamente con la tesis previa de quien entrevista.
- d. El fiscal deberá verificar si el testigo se encuentra en una situación de riesgo con ocasión de su declaración para determinar el uso de mecanismos de resguardo o protección del testigo o su familia.
- e. El fiscal debe registrar en forma íntegra y fidedigna las respuestas de los testigos

Además de los lineamientos éticos antes enumerados, la fiscalía deberá tener a la vista los siguientes elementos como buenas prácticas:

- a. El fiscal deberá mantener con el testigo una comunicación que permita conocer su ubicación y disponibilidad para declarar en juicio o audiencia cuando ello sea necesario.

67 En algunas legislaciones procesales los testigos declaran bajo juramento o promesa de decir verdad ante la fiscalía por lo cual arriesgan persecución penal por el falso testimonio. En otros casos son sólo exhortados a decir verdad sobre los hechos que declaran, como el caso de Chile (Art 190 CPP de Chile)

- b. El fiscal deberá realizar averiguaciones complementarias para verificar la veracidad de los dichos del testigo y su relación o intereses con los hechos o las partes del caso.
- c. El fiscal deberá reunirse con el testigo una vez más cuando decida llevar su testimonio a sede de Juicio, momento en el cual podrá efectuar una simulación de examinación y contra examinación para preparar adecuadamente al testigo de cara a la dinámica del juicio, sin que ello importe de manera alguna alterar o modificar lo declarado y conocido por el testigo y anteponiendo siempre la veracidad y conocimiento efectivo que el testigo tiene sobre lo que declarará.
- d. El fiscal podrá entregar al testigo copia de su declaración, a objeto de que sea usada como mecanismos para refrescar memoria sobre lo declarado en la fase de investigación, y en la medida que corresponde a lo efectivamente declarado por el testigo.
- e. El fiscal deberá seleccionar, del conjunto de testigos que han declarado ante la fiscalía, aquellos que resultan pertinentes y útiles para el juicio, no siendo necesario que lleva a sede de juicio oral al total de testigos que interrogó, y sin perjuicio de entregar a la defensa, y la parte querellante en su caso, las declaraciones de la totalidad de los testigos para efectos del ejercicio del derecho a defensa o el desarrollo de las prerrogativas de la víctima.
- f. El fiscal, luego de recibir la declaración del testigo, podrá preguntar al mismo sobre antecedentes específicos del caso que provengan de otros testigos, para verificar el conocimiento que de los mismos tiene el testigo interrogado. Lo anterior supone que el fiscal tome los resguardos para evitar incidir en la respuesta del testigo y sin que sea necesario revelar la identidad o dichos exactos del testigo anterior.

Recolección y búsqueda de información para sostener las pretensiones de parte

La búsqueda de información de calidad por parte de los operadores y litigantes es una cuestión central en un modelo acusatorio y adversarial, pues el sistema de trabajo en audiencias orales, públicas y

concentradas, donde operan lógicas de contradictoriedad hace que la disponibilidad de información oportuna, de calidad y pertinente sea crítica para representar y fundamentar las peticiones de las partes.

Desde este punto de vista, fiscales, defensas y eventualmente abogados y abogadas privados deberán extremar esfuerzos para contar con información y antecedentes de respaldo para fundar sus pretensiones.

En este ejercicio de búsqueda y recolección de información se presentan los siguientes desafíos éticos:

BÚSQUEDA DE INFORMACIÓN

Perspectiva del Fiscal

Reglas Éticas en materia de búsqueda y registro de información

En la búsqueda de información para definir un ámbito específico de actuación de la fiscalía se deben tener en especial atención las siguientes variables

- a. Al ser la fiscalía un órgano público que representa a la comunidad en la persecución del delito, debe respetar fielmente el principio de objetividad⁶⁸ desde el inicio de las investigaciones, lo que implica las siguientes acciones o estándares éticos:
 - a.1. Debe consignarse y acopiarse toda la información recibida, tanto la que funda la participación y responsabilidad penal del imputado o imputada, como aquella que aminora o extingue tal responsabilidad.
 - a.2. No debe destruirse material probatorio que sea favorable a la defensa o a la parte querellante en su caso, el que debe conservarse y estar disponible para ser revisado por los intervinientes.
 - a.3. Debe permitirse el acceso a los distintos intervinientes en el proceso a las actas o registros de la investigación que lleva el

68

Ver a este respecto art 91 inciso segundo del Código Procesal Penal Federal de Argentina

fiscal, salvo casos calificados y excepcionales que deberán ser debidamente justificados y encontrar fundamento normativo explícito.⁶⁹

a.4. Los registros de la investigación deben dar cuenta íntegra y fidedigna de las informaciones recibidas y actuaciones realizadas⁷⁰, como supuesto básico del derecho a conocer los antecedentes de cargo por parte de la defensa y poder confrontarlos y buscar antecedentes o evidencias de descargo⁷¹. Este deber de registro íntegro, fidedigno y oportuno, es en una manifestación del derecho a defensa en su doble dimensión de conocimiento y acceso a los antecedentes y evidencias de cargo, como de la capacidad de buscar, seleccionar y presentar prueba de descargo⁷². Este es por lo demás el criterio usado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Palamara v/s Chile que, refiriéndose al secreto del sumario en la jurisdicción militar en Chile, sostuvo en su considerando 170 lo siguiente: “...es contraria al derecho de defensa del imputado, ya que le imposibilita el acceso efectivo al expediente y a las pruebas que se recaban en su contra, lo cual le impide defenderse adecuadamente, en contravención de lo dispuesto en el artículo 8.2 letra c).⁷³ De esta forma, la Corte se pronuncia sobre una de las dimensiones del derecho a defensa, cual es, el acceso oportuno a los antecedentes de cargo y su dimensión correlativa de defenderse de los mismos.

a.5. Deben recibirse los antecedentes e informaciones pertinentes que presenta la defensa en una investigación penal, a objeto de que sean debidamente representados los puntos de vista que pueden favorecer a los imputados o imputadas. Ello

69 Ver artículo 182 del *Código Procesal Penal* de Chile y art 234 del *Código Procesal Penal Federal* de Argentina

70 Leonardo Moreno, “Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la Reforma Procesal Penal”. En *El Modelo Adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*” (Santiago de Chile: Thompson Reuters. Legal Publishing Chile, 2013) 80 y ss.

71 Ver a este respecto fallo Crawford v/s Washington, 541 US 36 (2004)

72 Leonardo Moreno, “Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la Reforma Procesal Penal”, 119 y ss.

73 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara v/s Chile. Septiembre de 2005.

por lo demás es consistente con los resguardos que deben adoptarse para evitar la configuración de una visión de túnel en las investigaciones criminales

a.6. Lo señalado no obsta a la necesidad estratégica de la fiscalía de seleccionar los hechos y antecedentes que permiten luego fundar sus peticiones y actuaciones en cada fase y audiencia del proceso, lo cual supone presentar y argumentar en base a tales antecedentes, pudiendo desechar o descartar aquellos que le parecen de menor calidad, menos confiables o irrelevantes. No obstante, este proceso de selección, la información residual o no utilizada, debe estar siempre a disposición del resto de los intervinientes o litigantes.

Uso de sistemas de selectividad penal

Uno de los elementos relevantes que los sistemas acusatorios incorporaron refiere a la existencia de mecanismos de selectividad penal, tales como archivo de causas por falta de antecedentes, aplicación de principios de oportunidad en hipótesis de delitos de bagatela, o facultades de no investigar por no existir delito, entre otras.

Estos mecanismos exigen estándares de aplicación y control a fin de evitar su mal uso

Entre las reglas o estándares éticos que es posible exigir están los siguientes:

- a. La Fiscalía debe controlar que la aplicación de la facultad de no investigar por ausencia de antecedentes no sea explicada por la carga de trabajo o la falta de acuciosidad de la fiscalía o la policía en reunir datos o información que existía o podía ser obtenida razonablemente.
- b. La Fiscalía deberá desarrollar mecanismos de control y auditoría para evitar el mal uso de los sistemas de selectividad penal.
- c. La Fiscalía debe explicar y comunicar a la víctima o denunciante del hecho archivado, las razones de tal decisión y el fundamento

del mismo, a fin de evitar desinformación, descrédito del sistema de justicia o falta de colaboración posterior de la propia víctima⁷⁴

Buenas Prácticas

El uso de sistemas de selectividad penal supone asimismo la aplicación de buenas prácticas que eviten la desnaturalización de estos instrumentos procesales y político criminales. Entre las buenas prácticas pueden mencionarse las siguientes:

- a. Diseñar y aplicar sistemas que permitan extraer la información político-criminalmente relevante de los casos desestimados y que pueden resultar de utilidad para futuras investigaciones del caso o de otros análogos.⁷⁵
- b. Desarrollar sistemas informáticos para almacenar y cruzar información proveniente de casos desestimados.
- c. Establecer sistemas para controlar los sistemas policiales de desestimación
- d. Generar protocolos o instructivos que permitan identificar los criterios político- criminales que desarrolla la fiscalía para tomar decisiones de aplicación de principio de oportunidad

RELACIONES DEL FISCAL CON LOS ORGANISMOS POLICIALES DE INVESTIGACIÓN

Uno de los aspectos más críticos de la investigación criminal, refiere a las relaciones de trabajo, coordinación y dirección y control que el fiscal del Ministerio Público realiza sobre el trabajo de la policía. Ello puede resultar más sencillo si los cuerpos investigativos dependen de la fiscalía y se torna más complejo cuando los cuerpos de investigación

74 Ver a este respecto art 80 j) del Código Procesal Penal Federal de Argentina

75 La información relevante puede estar referida al perfil de la víctima, la georreferenciación de los casos desestimados, el modus operandi, horarios de comisión de los hechos, entre otros aspectos.

policial son independientes de la fiscalía y poseen sus propios mandos y estructuras jerárquicas.

Independiente de la ubicación institucional de las policías en relación a la fiscalía, resulta fundamental el trabajo de dirección y control que realiza el fiscal del caso en relación a las pesquisas que encarga a la policía.

Esta relación, que supone acciones de coordinación, dirección y control posee lineamientos éticos y buenas prácticas que es necesario relevar.

Buenas Prácticas

- a. En la medida que resulte posible, el Fiscal debe dar instrucciones precisas y claras a los órganos policiales para encaminar una investigación y poder orientar las actividades de búsqueda de evidencia sin dilaciones o pérdidas de tiempo.
- b. La fiscalía debe entregar instrucciones orientadoras sobre la forma en que la policía debe ejecutar las actividades autónomas que le son confiadas por ley⁷⁶ de modo de evitar incurrir en errores, ilegalidades o vulneración de garantías durante las acciones desplegadas por la policía.
- c. La fiscalía debe retroalimentar a la policía en relación a sus actividades de investigación criminal para destacar y promover las prácticas y acciones efectivas, que son de utilidad para el trabajo del fiscal y su investigación y facilitan las solicitudes que el fiscal realiza en las distintas etapas y audiencia del proceso penal.
- d. La fiscalía debe retroalimentar a la policía en relación a las actividades y acciones de investigación criminal donde aparecen errores, ilegalidades, problemas de vulneración de derechos o garantías de modo de erradicar prácticas o cambiar métodos o estrategias inconsistentes o irreconciliables con las exigencias

76

Detención en caso de flagrancia; control del sitio del suceso; registros de personas, vehículos o equipaje en contextos de flagrancia o hipótesis de seguridad necesarias; controles de identidad en los países en que ello es posible, entre otras funciones.

de propias de un sistema acusatorio basado en el respeto de los derechos humanos y las garantías procesales del sistema de justicia.

- e. La fiscalía debe propender a realizar en forma directa y personal los interrogatorios de testigos, peritos, víctima e imputado o imputada en su caso, o bien entregar instrucciones precisas a la policía cuando esta última es quien puede o debe conducir tales interrogatorios.⁷⁷
- f. Cuando la fiscalía o la policía interroguen a una persona respecto de quien se solicita información de un hecho y se ignore su relación exacta con los mismos, se le deberá advertir que está citado en condición de testigo pero que está facultado a guardar silencio en caso de riesgo de autoincriminación.
- g. La fiscalía debe informar, instruir y generar los protocolos y lineamientos necesarios a la policía para evitar problemas en la detección, levantamiento, transporte, almacenamiento y custodia de la evidencia de un caso.

Lo anterior supone especial preocupación para permitir la adecuada trazabilidad de la cadena de custodia y la adecuada protección de la prueba o evidencia

En especial se deberá evitar lo siguiente:

- g.1.- Incorrecta o dolosa manipulación de la evidencia encontrada
- g.2.- Levantamientos defectuosos de evidencia
- g.3.- Falta de determinación de las personas que participaron en la cadena de custodia de la evidencia
- g.4.- Almacenamiento defectuoso de los antecedentes o evidencia

77

Hay legislaciones como la Uruguaya, donde la policía puede conducir interrogaciones en forma autónoma para recabar elementos iniciales de un caso - art 61 CPP de Uruguay-; otras legislaciones como la chilena requieren la delegación de atribuciones por parte del fiscal o la presencia del abogado defensor - art 91 del CPP de Chile; Otras legislaciones como el sistema procesal penal federal de Argentina, sólo permite la declaración ante el fiscal del Ministerio Público o ante el juez- art 70 inciso segundo del Código Procesal Penal Federal de Argentina-.

- h. La fiscalía instruirá a la Policía sobre la relevancia de registrar en los procesos de interrogatorios todos los elementos que consigna el testigo, víctima o imputado o imputada, generando un registro íntegro y fidedigno de las declaraciones.
- i. La fiscalía instruirá a la policía sobre la forma y relevancia de efectuar los reconocimientos de imputados o imputadas correctamente a fin de evitar errores indebidos en este tipo de procedimientos.
- j. La policía propenderá a filmar o grabar las actuaciones o procedimientos realizados en el curso de una investigación criminal, y en especial las acciones o actuaciones más relevantes, tales como detenciones, interrogatorios del imputado o imputada, reconstituciones de escena, entre otras.
- k. El fiscal debe explicar a la policía, la relevancia que posee el que el funcionario policial que realizó materialmente el procedimiento sea quien declare en la fase de juicio cuando ello sea pertinente y necesario y no el superior jerárquico u otro funcionario de la institución.

Deberes Éticos de la Fiscalía en relación al trabajo de la Policía

- a. El fiscal deberá informar al Policía, cuando ello sea posible, el momento desde el cual la persona investigada posee el carácter de imputado o imputada a fin de que se puedan respetar los derechos y garantías asociados a tal naturaleza procesal.
- b. La fiscalía deberá desechar y desestimar aquella información que proviene de la policía y que ha supuesto actuaciones vulneratorias de derechos o garantías⁷⁸. Lo anterior se entiende sin perjuicio del deber del fiscal de investigar las acciones policiales que suponen la comisión de delitos penales.

78 Este aspecto debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de aplicar algunas de las hipótesis que legítimamente limitan las exclusiones de prueba por ilicitud, tales como la fuente independiente, vínculo atenuado o el descubrimiento alternativo, en la medida que las legislaciones y jurisprudencia lo permite.

- c. La fiscalía y la policía no deberán citar en calidad de testigos a personas que poseen la calidad de imputados o imputadas como forma de eludir las exigencias o derechos propios que el sistema procesal penal le reconocen al imputado o imputada.
- d. Antes de tomar declaración a una persona la policía y la fiscalía, deberán revisar los antecedentes, carpetas, denuncias, querrelas, documentos, testigos entre otros insumos, para determinar la naturaleza procesal del interviniente que será interrogado.
- e. La fiscalía deberá instruir a la policía para que en el proceso de reconocimiento del imputado o imputada no se manipule, o induzca a la víctima o testigo a reconocer a una determinada persona en el proceso.
- f. El funcionario policial debe efectuar registros de las actuaciones que realiza y consignar de modo íntegro y fidedigno las informaciones recabadas o recibidas.

Relaciones del Fiscal y los Medios de Comunicación durante la Fase de Investigación

Dado el carácter de órgano público del Ministerio Público, que supone representar el interés de la comunidad en la persecución criminal y su apego a lógicas y exigencias de objetividad, el fiscal deberá resguardar la información recibida y permitir su acceso únicamente a los intervinientes. Lo anterior no obsta a las hipótesis de reserva de la información, aún respecto de los intervinientes, cuando el éxito y las necesidades de la investigación lo exigen fundadamente y sin perjuicio de las instancias de reclamación administrativa y judicial de la reserva.

El resguardo de la información posee especiales deberes de reserva respecto de los medios de comunicación, atendido el deber del fiscal de velar por el derecho del imputado o imputada a ser considerado y tratado como inocente, por una parte, y el deber de resguardar la intimidad y en muchos casos la identidad o datos confidenciales de la víctima según las reglas del procedimiento penal.

Lo anterior impone los siguientes deberes de la fiscalía ante los medios de comunicación:

- a. No deberá entregarse a la prensa la carpeta de investigación de un caso.
- b. No deberá proporcionarse información de la causa penal que está sometida al deber de reserva.
- c. Deberán adoptarse los mecanismos de resguardo para impedir las filtraciones de información a la prensa que refieran a información sometida a reserva.
- d. No deberán anticiparse las actividades de investigación específicas que la fiscalía realizará sobre un determinado caso cuando su divulgación pública pueda afectar la eficacia de la misma, o bien puedan afectar la integridad física del imputado o imputada, sin perjuicio de la mención de actividades de carácter general sobre la causa.
- e. La fiscalía deberá entregar información oficial a través de los canales institucionales que defina para ello, impidiendo la proliferación de información de los casos por vías informales, de conformidad a la organización y atribuciones procesales y legales de la institución. Asimismo, no podrá entregar información errónea, descontextualizada o distorsionada de la realidad y los hechos del caso.
- f. La fiscalía deberá resguardar la intimidad e integridad de la víctima de un caso, impidiendo la exposición pública de aquellos antecedentes o datos que impliquen revictimización o riesgos de amenaza o daño a su persona o su familia.
- g. La fiscalía podrá informar a la prensa los relatos que forman parte de la imputación de cargos formulada en audiencia pública, resguardando siempre las exigencias derivadas del principio de inocencia.⁷⁹
- h. La fiscalía deberá abstenerse de entregar información reservada de un caso a la prensa para obtener figuración pública o beneficios personales relacionados con la exposición pública personal del fiscal del caso.

- i. La fiscalía deberá resguardar la forma en la que entrega y divulga la información a la prensa a fin de evitar menoscabo a su deber de objetividad e independencia.

Búsqueda y recolección de Información. Perspectiva de la Defensa

En relación a los registros o actas de investigación de la Defensa, pueden establecerse los siguientes criterios y reglas éticas del ejercicio en el litigio:

- a. La Defensa Penal, a diferencia de la Fiscalía, no posee deberes de registro, por lo que sus actas de investigación son de uso interno y exclusivo de la propia defensa, en razón de criterios de estrategia procesal. Lo anterior supone que la Defensa no debe compartir tales registros con la fiscalía, salvo que ello sea decidido por razones estratégicas y de debido resguardo de los intereses del cliente.
- b. Pese a lo anterior, la defensa penal puede verse expuesta o requerida a explicitar en las audiencias de preparación o control de acusación los puntos de prueba que permiten auxiliar y determinar la pertinencia de la prueba presentada con fines de admisibilidad de probatoria.
- c. Sin perjuicio de lo señalado es un deber de la defensa llevar un registro ordenado de la información recibida y las acciones de investigación desarrolladas para evitar su extravío, deterioro o detrimento en perjuicio de los intereses del cliente.
- d. La defensa deberá agotar las instancias procesales para obtener determinados antecedentes o evidencias que permiten descartar o atenuar la responsabilidad penal de su cliente, pudiendo para ello requerirlas de la fiscalía en su caso, o bien exigiendo la intervención del tribunal para evitar la pérdida de tal información. Este es un deber basado en la necesidad de obtener información en el menor tiempo posible y poder guiar el caso hacia la mejor solución posible en un tiempo razonable⁸⁰. Ello a su vez

80

Este punto se relaciona con garantía del juzgamiento oportuno como manifestación del derecho a defensa

supone un decidido esfuerzo de la defensa de tramitar el caso con prontitud y en base a los intereses del cliente⁸¹

Relaciones de la Defensa con los Medios de Comunicación

La Defensa Penal debe guiarse por criterios éticos estrictos en su relación con los Medios de Comunicación, entre los cuales aparecen los siguientes:

- a. La relación con los medios de comunicación deberá realizarse en la medida que los exijan los intereses del cliente y no el posicionamiento personal del abogado defensor o defensora.
- b. Las apariciones del defensor o defensora en los medios de prensa deberán ser analizados previamente con el cliente del caso.
- c. En las comunicaciones públicas del defensor o defensora y en su relación con los medios de prensa deberá relevarse ante todo el principio de inocencia del defendido como medida o parámetro de referencia para evaluar la pertinencia de una determinada acción y los intereses del cliente en el caso concreto.⁸²
- d. La defensa deberá abstenerse de entregar, filtrar o proporcionar de alguna forma información reservada de la causa a los medios de comunicación y que le fue confiada en tal calidad.
- e. La defensa no podrá entregar información falsa o tergiversada de la causa a los medios de comunicación.

Custodia, resguardo y admisibilidad de antecedentes y pruebas. Perspectiva del Tribunal

- a. Si bien es deber del fiscal el adecuado resguardo y custodia de antecedentes y evidencias, es función del tribunal escuchar los reclamos y alegaciones que las partes le planteen en relación a problemas de indemnidad, destrucción o inadecuado resguardo y custodia de las evidencias por parte de la fiscalía. Ello deriva

81 Ver American Bar Association, regla 3.2.

82 Ver Código Deontológico del Defensor Penal Público de Chile, artículo 25

se su deber de protección y resguardo de las garantías de los intervinientes.

- b. El Tribunal tiene el deber ético y en muchos casos, legal, de escuchar y eventualmente acoger y ordenar medidas frente al incumplimiento de la fiscalía del adecuado resguardo e indemnidad de antecedentes o prueba de la fiscalía. Esta atribución deriva del ejercicio del rol jurisdiccional de control de garantías como criterio general, o como manifestación de cautela de garantías⁸³ como exigencia o posibilidad normativa que presentan algunas legislaciones.
- c. Es deber del tribunal, en razón de exigencias relacionadas con el derecho a defensa y más específicamente a una cautela de garantías, acoger reclamos de las partes que resulten fundados y pertinentes para forzar a la fiscalía a realizar determinadas diligencias de investigación que pudieran auxiliar a la determinación de la inocencia o atenuación de la responsabilidad del imputado o imputada.
- d. No debiera admitirse como prueba de la fiscalía en fase de control de admisibilidad, y en su caso de la parte querellante, las evidencias que no están incorporadas con anterioridad en la carpeta o registros de investigación de la fiscalía, salvo el caso de hipótesis de prueba nueva o prueba sobre prueba. Ello deriva de exigencias básicas del litigio de buena fe y proscripción de la sorpresa, unido a razones de vulneración de derechos y garantías de defensa oportuna, conocimiento de los antecedentes de cargo, ejercicio del derecho efectivo de confrontación en juicio y problemas éticos de ocultamiento de información. Tampoco deberá admitirse información obtenida con vulneración de derechos o garantías, sin perjuicio de las excepciones procesales que establece la ley o la jurisprudencia en su caso.
- e. No deberá admitirse a juicio por parte del tribunal, las evidencias que resulten impertinentes y que deriven en problemas de dilación o sobreabundancia, que afecten el derecho a un juicio oportuno.

83

Ver Código Procesal Penal de Chile, artículo 10.

- f. No deben admitirse por parte del tribunal para efectos de confrontación o contra examinación en sede de juicio, de actas de investigación, que pudiendo ser usadas como base del ejercicio de confrontación por la normativa vigente, han sido obtenidas con vulneración de derechos o garantías por parte de las autoridades de investigación criminal.

Acceso a los legajos de investigación de la Fiscalía

El Ministerio Público es el órgano encargado de dirigir las investigaciones criminales en representación de la comunidad, de lo que se deriva la necesidad y obligación de llevar un registro de tales investigaciones en carpetas, actas o legajos, que permitan acopiar, resguardar y utilizar los antecedentes e informaciones que derivan de tales registros.

Dado su carácter de órgano público que obra conforme a criterios y principios de independencia, objetividad y responsabilidad, el Ministerio Público debe proporcionar tales antecedentes a otros intervinientes en el proceso, lo que lleva a la necesidad de establecer reglas, estándares, exigencias éticas y buenas prácticas, entre las que es necesario relevar las siguientes:

- a. La regla general, que reposa en una base ética y muchas veces legal, debe ser el acceso por parte de la Defensa y el imputado o imputada a los legajos o actas de investigación de la fiscalía, a objeto de permitir el adecuado ejercicio del derecho a defensa y a su turno proveer los antecedentes para permitir la producción de antecedentes o pruebas de descargo⁸⁴. Ambas son por lo demás manifestaciones del derecho a Defensa⁸⁵.
- b. Este derecho a acceder a las actas de investigación por parte de la Defensa debe ir acompañado de las condiciones materiales que permitan un acceso oportuno y efectivo a la información

84 Leonardo Moreno, “Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la Reforma Procesal Penal”, 119.

85 Esta exigencia es concordante con lo establecido en el artículo 8 numeral 2 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada”.

necesaria para ejercer el derecho a defensa y reconocer a su vez el principio de inocencia⁸⁶

- c. Deben establecerse mecanismos de acceso que eviten dilaciones indebidas, burocráticas o impertinentes que dificultan o retardan el acceso a las actas de la investigación por parte de los intervinientes legitimados. Lo anterior conlleva evitar:
 - c.1.- Entregas tardías de información
 - c.2.- Entregas parcializadas de información que dilaten indebidamente el deber de acceso a información por parte de los intervinientes
 - c.3.- Generación de procedimientos burocráticos que dificultan injustificadamente la entrega de información.
- d. El derecho de acceder a la información de las actas y legajos de investigación corresponde también a la víctima del delito investigado y el abogado querellante en los países donde existe tal interviniente.
- e. Esta información es sin embargo de carácter reservada para los terceros ajenos a la investigación, por lo que, tal como se ha indicado en apartados precedentes, la Fiscalía debe abstenerse por razones éticas y muchas veces por exigencias legales de proveer o filtrar tales antecedentes de la investigación a los medios de comunicación u otros equivalentes para resguardar el derecho a inocencia, entre otros aspectos.
- f. La Fiscalía puede negar el acceso a la información de la investigación, incluso a la defensa o el imputado, cuando ello sea absolutamente necesario e indispensable para resguardar la eficacia o éxito de la investigación, debiendo en estos casos fundar tal decisión⁸⁷. Resulta ser una buena práctica e incluso un deber legal en muchas legislaciones, determinar en forma precisa las piezas o actuaciones que quedarán cubiertas bajo la reserva o secreto.

86 Ver en este sentido *Brady v/s Maryland*. Certiorari to the Court of Appeals of Maryland. N°490 mayo 13, 1963.

87 Ver artículo 233 y 234 del Código Procesal Penal Federal de Argentina

Asimismo, se deberá en lo posible y como exigencia legal en varias legislaciones o buena práctica en otras, indicar el tiempo de duración de tal reserva.

- g. Se puede reclamar de las decisiones de reserva unilateral de la fiscalía sobre las actas o legajos de la investigación ante el juez de control o garantías, a objeto de que examine la justificación y necesidad de tal decisión. Esta atribución reposa en la necesidad de resguardar por parte del Tribunal, la garantía de conocimiento oportuno de los antecedentes o pruebas de cargo.
- h. La Defensa tiene el deber ético de solicitar a la fiscalía el acceso a las actas o legajos de la investigación y en su caso, reclamar ante el fiscal del caso o su superior jerárquico en caso de negativa o declaración de reserva para hacer efectivo el derecho a conocer los antecedentes de cargo.
- i. Acceso a correos electrónicos del fiscal.

Los correos electrónicos institucionales del fiscal del caso son parte de los registros o actas de investigación en la medida que contengan información que se relacione con:

- a.- Trazabilidad de la información y que permiten determinar a quién, cómo y cuándo se requirió o recibió una determinada actuación o procedimiento
- b.- Permiten dar fe o explicación sobre el origen, fecha u otros elementos de una determinada información
- c.- Representan antecedentes entregados por testigos o peritos que complementan las declaraciones prestadas anteriormente
- d.- Contienen informes o datos que deben formar parte de la carpeta investigativa
- e.- No se comprende en las obligaciones de entrega de información contenida en los correos electrónicos institucionales, lo relacionado con variables estratégicas o de mérito sobre el curso de las investigaciones, planteamientos a realizar en audiencia, criterios o estrategias para negociar o preparar información, antecedentes o pruebas para las audiencias.

NEGOCIACIONES PENALES

Reglas Éticas en la Negociación Penal

Las negociaciones penales que el sistema procesal penal acusatorio permite, reconoce e incorpora en los Códigos Procesal Penales, tales como suspensiones condicionales o suspensión del proceso a prueba, acuerdos económicos o reparatorios, procedimientos abreviados, mediaciones o procedimientos de autoinculpación, entre otros, son valiosas herramientas para cumplir objetivos importantes en el sistema de justicia como evitar criminalizaciones secundarias, victimización secundaria, obtener soluciones para las partes dotadas de mayor estabilidad en el tiempo que logran establecer condiciones de convivencia y paz social, o bien obtener soluciones procesales útiles para las partes y sus intereses con menores costos y tiempos.

Estos mecanismos de negociación presentan no obstante problemas y la subsecuente necesidad de desarrollar criterios y estándares éticos y buenas prácticas bajo los cuales conducir tales negociaciones.

Entre las reglas o estándares Éticos más relevantes se encuentran los siguientes:

1. Las negociaciones suponen que las partes velen por la confidencialidad de la información que se produce con ocasión del proceso de negociación y sólo sea relevado aquella porción de información que se requiere para fundar y explicar el acuerdo en sede judicial.
2. Las partes no deberán invocar o incorporar en sede o fase de juicio oral los antecedentes que sirvieron de base a las proposiciones, debates o aceptación o rechazo de una negociación penal⁸⁸ y que derivan de una Suspensión del proceso a prueba, de un Acuerdo Reparatorio o de un Procedimiento Abreviado.
3. Las partes no deberán cambiar o modificar los términos acordados del acuerdo, guiándose en todo momento por los

88 Esta prohibición es consistente con lo dispuesto en forma expresa en algunas legislaciones procesal penales. Ver artículo 335 del *CPP de Chile* y artículo 196 del *Código Procesal Penal Federal de Argentina*.

parámetros del litigio de buena fe, salvo que exista un motivo sobreviniente justificado que debe ser enunciado con anterioridad a la audiencia o al inicio de la misma a objeto de verificar la sustentabilidad de la negociación.

4. La Fiscalía deberá oponerse a los acuerdos que no cumplen con las exigencias legales y procesales e incluso a los acuerdos entre víctimas e imputados o imputadas cuando existan intereses públicos relevantes comprometidos, los que deberá hacer valer en audiencia. Asimismo, se opondrá a los acuerdos cuando verifique que el consentimiento del imputado o imputada no aparece prestado en condiciones de fiabilidad y exento de coacciones, presiones o distorsión de los efectos del mismo.
5. La Fiscalía deberá informar a la víctima cuando decida negociar un acuerdo con la defensa y explicar los fundamentos del mismo.
6. La Defensa deberá siempre consultar con su cliente o representado las posibilidades, procedencia, factibilidad o conveniencia de un acuerdo, antes de consultarlo o negociarlo con la fiscalía, explicando sus fundamentos, ventajas y consecuencias legales y procesales⁸⁹.
7. La Fiscalía puede explicar y asociar a la negativa de la contraparte, los escenarios procesales más desfavorables que pueden presentarse en la causa, en la medida que ello no importe amenazas encubiertas, manipulación indebida o tergiversación de los hechos y su calificación jurídica.
8. La Fiscalía deberá establecer criterios, expresados en protocolos o instructivos acerca de los criterios que serán empleados para validar o desechar el uso de sistemas alternativos de resolución de controversias⁹⁰ a objeto de evitar la transgresión al principio de igualdad ante la ley.
9. Los abogados y abogadas deberán instar por procesos de negociación cuando los intereses del cliente así lo aconsejen,

89 Ver Código Deontológico del Defensor Penal Público de Chile, artículo 16.

90 Mediación, Suspensión Condicional del Procedimiento y Acuerdos Reparatorios.

debiendo explicar a sus representados los distintos escenarios posibles y sus resultados⁹¹.

Buenas Prácticas en la Negociación Penal

Entre las buenas prácticas que es necesario relevar en relación a las negociaciones penales en un sistema acusatorio, se encuentran las siguientes:

Los acuerdos deberán ser específicos y contener la información necesaria para evitar fracasos, malas interpretaciones o procesos viciados en sede administrativa o judicial. De esta forma se deberá tener especial cuidado en:

- a. Describir adecuadamente los hechos que se reconocen como parte del acuerdo
- b. Los datos y elementos que sirven para explicitar el consentimiento del imputado, imputada, acusado o acusada y su conocimiento del acuerdo y sus efectos
- c. Describir, cuando es necesario y exigible, los antecedentes o pruebas que se reconocen como parte del acuerdo
- d. Clarificar la calificación jurídica del hecho sobre el cual recae la negociación o acuerdo, la participación, iter criminis, circunstancias modificatorias concurrentes, penales privativas de libertad, penas accesorias, multas, costas, medios alternativos de cumplimiento, u otros elementos si forman parte del acuerdo.

Perspectiva del Tribunal en la Negociación Penal

Los Tribunales de Garantía o de Control poseen deberes de resguardo y control de los acuerdos penales de parte, entre los que destacan los siguientes:

- a. Verificar consentimiento del imputado o imputada o acusado o acusada en su caso.

⁹¹ Ver *Código de Deontología de los Abogados Europeos*, regla 3.7. Asistencia jurídica gratuita, acápite 3.7.1.

- Ello incluye analizar y pesquisar el que no existan vicios del consentimiento, que haya prestado su consentimiento libre e informado, que la persona entienda los efectos derivados del acuerdo, y los derechos que le asisten a tener un juicio oral.
- b. Verificar que el acuerdo se realiza respetando el marco legal y límites que lo rigen de conformidad a la ley procesal penal.
 - c. Verificar que los antecedentes que las partes acuerdan y que sirven de base al acuerdo son conocidos y aceptados por el imputado o imputada o acusado o acusada.
 - d. Tratándose de acuerdos entre víctima y victimario, se debe verificar asimismo el efectivo consentimiento de la víctima y no sólo del imputado o imputada.
 - e. Que los antecedentes que sirven de base al acuerdo son lícitos y no han sido obtenidos con vulneración de derechos o garantías.
 - f. En el caso que el Tribunal deba imponer condiciones o bien aprobar las condiciones negociadas, se deberá velar especialmente por la proporcionalidad de las mismas y sus posibilidades materiales de cumplimiento.
 - g. El Tribunal deberá abstenerse de realizar juicios de mérito sobre las ventajas o desventajas del acuerdo negociado entre las partes, salvo que advierta problemas de derechos o garantías vulnerados, existan problemas de legalidad, consentimiento, o bien se afecte el principio de proporcionalidad.

Preparación de Testigos y Peritos para las declaraciones en audiencia

El sistema penal acusatorio supone un intenso trabajo de los litigantes en audiencia, por lo que resulta crítico la información que se es capaz de buscar, seleccionar, preparar y presentar luego en audiencia.

Una de las fuentes de dicha información reposa en los testigos y peritos por lo que resulta necesario identificar y delimitar los límites éticos a los que deben quedar sujetos tales acciones de preparación de la información proveniente de tales fuentes.

Las principales reglas Éticas en relación a los testigos son las siguientes:

- a. Es deber profesional de los litigantes, sean fiscales o defensas o querellantes, presentar a las audiencias información veraz y que permita sostener sus pretensiones⁹²
- b. La entrevista previa con los testigos a ser presentados es un deber profesional y desde luego una práctica fundamental que resulta recomendable para permitir un mejor control de la información que se incorporará ante el Tribunal de Control o Garantías o bien ante el Tribunal Oral⁹³
- c. La preparación del testigo, previo a la audiencia, supone requerir la información que el testigo efectivamente posee a efectos de determinar la información necesaria y pertinente que será de utilidad para fundar las pretensiones de la parte que lo presenta⁹⁴. Los testigos requieren de ese apoyo previo a la audiencia para estar en condiciones de aportar lo que saben. Tal como señala el profesor Fontanet, la preparación del testigo no supone cambiar la realidad ni las circunstancias del testigo ni tampoco afectar lo que constituye su percepción y recuerdo de los hechos.⁹⁵
- d. La preparación del testigo excluye por razones éticas las siguientes acciones:
 - d.1.- la manipulación del testigo tendiente a incorporar información falsa⁹⁶ o tergiversada sobre los hechos.⁹⁷

92 Ver Código de Deontología de los Abogados Europeos, regla 4.4.

93 Rafael Blanco et al, *Litigación Penal estratégica en juicios orales*, 177 y ss.

94 Mauricio Duce y Andrés Baytelman, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004), 104;

95 Julio Fontanet, *Principios y Técnicas de la practica forense* (Puerto Rico: jurídicas Editores, 2010), 29.

96 Sobre este punto ver artículo 5 del Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile que señala lo siguiente: "Artículo 5°. Honradez. El abogado debe obrar con honradez, integridad y buena fe y no ha de aconsejarle a su cliente actos fraudulentos".

97 Antonio Robinson et al, "Witness Preparation-Ethical, Practical, and Common-Sense Considerations", American Bar Association, Section of labor and employment Law, 11 annual labor and employment law conference, 2017, 3.

- d.2.- la solicitud al testigo de incorporar información falsa, o bien para instarlo a cometer conductas constitutivas de crimen o fraude⁹⁸
- d.3.- la solicitud al testigo de modificar o alterar su declaración para ajustarla a los intereses del caso
- e. El abogado o abogada no debe presentar a sabiendas testigos que resulten ser falsos. Ello supone un razonable esfuerzo para realizar acciones que permitan descartar información fraudulenta o de mala calidad⁹⁹

La preparación del testigo permite sin embargo las siguientes acciones previo a las audiencias:

- f. Citar al testigo para determinar la información que conoce. En el caso de la fiscalía, esa citación se encuentra asociada a deberes procesales.
- g. Discutir y analizar con el testigo las opciones legales del caso y sus consecuencias¹⁰⁰.
- h. Luego de interrogar al testigo sobre la información que conoce, es posible y necesario indicar al testigo los datos y hechos más relevantes que conoce y que debe recordar y aportar en la audiencia.
- i. Interrogar al testigo acerca de antecedentes que pueden contribuir a dotar de mayor credibilidad a su testimonio.
- j. Entregar al testigo copia de las declaraciones que ha prestado y que se espera que recuerde durante su interrogatorio en audiencia.
- k. Realizar ejercicios de simulación de examen y contra examen para preparar al testigo ante la dinámica de las audiencias.

98 American Bar Association, regla 1.2 (d).

99 American Bar Association, regla 3.3 (a) (3).

100 American Bar Association, regla 1.2 (d)

Deberes especiales de la Fiscalía en relación a sus testigos

La Fiscalía, en su calidad de órgano público y conforme a sus deberes y atribuciones, posee, además de los deberes antes señalados en relación a los testigos, los siguientes:

- a. La fiscalía debe establecer los sistemas de protección y resguardo de aquellos testigos que estén o puedan verse amenazados en razón de la información o calidad procesal que poseen.
- b. La fiscalía deberá solicitar la prueba anticipada de testigos en aquellos casos en los que existe información veraz y confiable de que el testigo no podrá declarar en la fase de juicio en razón de una enfermedad, situación profesional u otra análoga reconocida en la legislación procesal respectiva.
- c. Es deber del fiscal mantener sistemas de comunicación con sus testigos, de modo de evitar la pérdida de evidencia o información de la que son portadores o bien la posibilidad de anticipar sistemas de protección física de los mismos.
- d. La fiscalía instará por la recepción anticipada de prueba, o bien en cámara Gesell de la declaración de la víctima del caso para resguardar la información que posee, cumpliendo las exigencias procesales en cada caso.
- e. La fiscalía deberá efectuar un registro íntegro de la declaración que recibe de los testigos.
- f. No es obligación de la fiscalía presentar a juicio todos los testigos que aparecen en los registros de la investigación del caso, sin perjuicio del acceso a la defensa de tal información. Asimismo, y aún habiendo solicitado el testigo para su declaración en juicio, podrá desistirse del mismo si lo estima pertinente por razones estratégicas.
- g. Si en la preparación del testigo para el juicio u otra instancia, aparece información exculpatoria del imputado, imputada o acusado o acusada, que el testigo no refirió con anterioridad, el fiscal deberá consignar tal información en los registros y notificar de ello a la defensa a la brevedad.

- h. Es válido a la fiscalía, no obstante, el cierre de la investigación, buscar información para desacreditar a los testigos y peritos de la defensa a objeto de proporcionar información sobre la falta de veracidad o credibilidad del testigo, o conocimiento científico o técnico del perito.

Deberes especiales de la Defensa en relación a sus testigos

Entre los Deberes éticos de la defensa en la preparación de los testigos del imputado o imputada o del acusado o acusada se pueden mencionar:

- a. El Abogado defensor o defensora debe desarrollar las acciones e investigaciones para contar con los testigos propios necesarios para acreditar su Teoría del Caso.
- b. El abogado defensor o defensora debe conocer con exactitud el contenido de las declaraciones de los testigos que obran en la carpeta de la fiscalía a objeto de preparar adecuadamente sus líneas de contra examinación.
- c. El abogado defensor o defensora deberá investigar los elementos que permiten desacreditar la veracidad o el contenido de las declaraciones de los testigos de la fiscalía.
- d. El Abogado defensor o defensora deberá reunirse con los testigos propios a objeto de preparar sus declaraciones en las audiencia y juicio correspondiente y realizar ejercicios de simulación de exámenes y contra exámenes para preparar adecuadamente a sus testigos.
- e. El abogado defensor o defensora no puede modificar, alterar fraudulenta o maliciosamente las versiones de los testigos, o incidir o sugerir que tergiversen la verdad o mientan sobre los hechos que conocen.
- f. El abogado defensor o defensora deberán reunirse con el imputado o imputada o bien el acusado o acusada en su caso, para determinar si declarará en el Juicio. De decidir declarar deberá preparar su declaración de conformidad al conocimiento

que tiene de lo sucedido y sus explicaciones de lo ocurrido sin que ello signifique que el abogado defensor o defensora sugiera mentir o adular la verdad de lo sucedido. Esto último es una exigencia ética relevante que se entiende sin perjuicio del derecho que le asiste al acusado de guardar silencio, si así lo determina, o bien no ser objeto de persecución penal en caso de falso testimonio según lo establezca la legislación específica.

Reglas Éticas en relación a los peritos del Caso

- a. Es deber profesional de los litigantes, sean fiscales, querellantes o defensas, presentar a las audiencias información pericial veraz y que permita sostener sus pretensiones.
- b. La entrevista previa con los peritos privados contratados por las partes -en los casos que las legislaciones procesales penales lo permiten- deben respetar las siguientes reglas éticas:
 - b.1.- La información que los y las abogados le entregarán al perito previo a la elaboración de su informe debe ser veraz y por tanto exenta de manipulación indebida
 - b.2.- La información entregada al perito deberá ser pertinente y lícita para que pueda elaborar su informe experto
 - b.3.- El abogado o abogada no puede demandar conclusiones específicas al perito del caso o modificar las conclusiones obtenidas
 - b.4.- El abogado o abogada litigante, una vez evacuado el peritaje, puede solicitar complementaciones o aclaraciones cuando el informe lo requiere para su mejor comprensión
- c. Es una responsabilidad y deber profesional de los abogados y abogadas litigantes reunirse con el perito, previo a la audiencia, dada la necesidad de verificar la información que el perito efectivamente posee, determinar la información necesaria y pertinente que será de utilidad para fundar las pretensiones de la parte que lo presenta y acreditar el conocimiento experto o técnico del perito ante el tribunal.

- d. La preparación del perito excluye por razones éticas las siguientes acciones:
 - d.1.- la manipulación del perito a objeto de que modifique las conclusiones de su informe
 - d.2.- la solicitud al perito de incorporar información científica o técnicamente falsa
 - d.3.- la solicitud al perito de incorporar información sobre la que no posee un conocimiento experto y respaldable.
- e. La preparación del perito, previo a su declaración en el juicio, permite las siguientes acciones:
 - e.1.- Citar al perito para examinar las conclusiones y supuestos de su informe pericial y permitir la explicación y traducción de la terminología y vocablos técnicos o científicos
 - e.2.- Requerir del perito la información necesaria sobre la metodología empleada y su validez y confiabilidad científica, como asimismo su conocimiento en el manejo de la metodología usada, a objeto de relevar este punto en la audiencia.
 - e.3.- Indicar al perito las informaciones más relevantes que conoce y que debe recordar y aportar en la audiencia.
 - e.4.- Entregar al perito copia de su pericia y que se espera que recuerde durante su interrogatorio en audiencia.
 - e.5.- Realizar ejercicios de simulación de examen y contra examen para preparar al perito ante la dinámica de las audiencias

Uso de declaraciones previas y límites éticos

El sistema procesal penal acusatorio reemplazó la lógica del expediente por la audiencia y la escrituración por la oralidad. Sin perjuicio de ello, la mayor parte de las legislaciones reconoce la relevancia de los registros de la investigación y las declaraciones prestadas por testigos, víctima o imputado como antecedentes que pueden servir de base para decisiones relacionadas con legalidad de detenciones, procedencia de medidas cautelares, salidas alternativas al proceso, o procedimientos abreviados.

Además de lo anterior, muchas legislaciones reconocen la posibilidad de utilizar tales declaraciones como elementos para confrontar las declaraciones de testigos en fase de juicio y evidenciar contradicciones o facilitar la memoria del testigo o declarante¹⁰¹.

Esta misma funcionalidad se suele reconocer a los informes periciales para refrescar la memoria del perito que declara en juicio.

Sin perjuicio de estos usos, los registros de estas declaraciones no constituyen evidencia y sólo sirven como insumos para evaluar la confiabilidad de la declaración prestada en juicio.

Esta funcionalidad de apoyo de los registros- donde constan declaraciones previas de testigos, acusado, o víctima- en fase de juicio supone establecer parámetros y reglas para determinar la posibilidad de uso de tales actas y las obligaciones correlativas de los litigantes.

Perspectiva del Fiscal

Dentro de las exigencias y obligaciones que debe asumir la fiscalía en relación a estos registros están las siguientes:

- a. Tal como señalamos en apartados precedentes, los registros o actas que dan cuenta de declaraciones previas de testigos, víctima o acusado o acusada, deben ser íntegros y deben corresponder a la declaración que prestaron en sede de fiscalía. Lo anterior supone que tales registros no pueden corresponder a resúmenes, extractos, o información parcial o seleccionada. Esta se constituye no sólo en una buena práctica sino además en una exigencia ética, pues se relaciona con la obligación de no ocultar información o manipular la misma.
- b. Otra consideración ética relevante de la fiscalía es el deber de abstenerse de utilizar en fase de juicio, registros donde constan declaraciones obtenidas con vulneración de derechos o garantías. Ello es fundamental y por cierto se complementa

101 Ver artículo 332 del *Código Procesal Penal* de Chile; en el mismo sentido ver artículo 271.4 del *Código Procesal Penal* de Uruguay; en el mismo sentido ver artículo 289 inciso final del *Código Procesal Penal Federal* de Argentina.

con el deber de control de admisibilidad de tales registros en fase de juicio por parte del Tribunal Oral.

- c. Un tercer elemento relevante que hemos señalado con anterioridad, radica en que el fiscal debe considerar como un deber ético el que la declaración del acusado o acusada haya sido obtenida en condiciones que aseguren el pleno respeto a sus derechos y garantías. Lo anterior es sinónimo de las siguientes obligaciones previo a la declaración del imputado o imputada:

- c.1.- Indicar los derechos que le asisten entre los cuales está el derecho a guardar silencio.

- c.2.- Señalar los motivos que justifican su indagatoria o imputación en su caso.

- c.3.- Indicarle que tiene el derecho a que su abogado defensor o defensora pueda estar presente, siendo este requisito una condición de validez de la actuación en algunas legislaciones

- c.4.- La declaración deberá ser grabada o registrada en su integridad

- c.5.- La existencia de otras personas presentes en el procedimiento deberá ser declarada y transparentada por el fiscal a cargo, sobre todo si las mismas pueden posteriormente ser admitidas como testigos por la legislación respectiva.

Perspectiva de la Defensa

La parte defensora tiene respecto de los registros que levanta la fiscalía en la fase de investigación y que dan cuenta de declaraciones previas de testigos, policías, víctima o el propio defendido las siguientes obligaciones:

- a. Es un deber ético preparar adecuadamente la defensa del acusado o acusada, razón por la cual el defensor a cargo debe solicitar oportunamente todos los registros de la investigación y en particular los que dan cuenta de declaraciones, ya sea para conocer las imputaciones y los antecedentes de cargo o bien para presentar prueba de descargo.

- b. La defensa deberá agotar los recursos administrativos y jurisdiccionales en caso que la fiscalía decreta reserva sobre estos registros o impida el acceso a los mismos, a efectos de que exista un control sobre los actos denegatorios de acceso a información por parte del fiscal del caso.
- c. La defensa deberá oponerse al uso de registros como mecanismos de confrontación en sede de juicio cuando las declaraciones en ellas contenidas hayan sido obtenidas con vulneración de derechos o garantías.

La misma oposición deberá sostener cuando se intente usar los registros como mecanismos de sustitución probatoria y no exista una causal legal que así lo justifique y habilite.

Perspectiva del Tribunal

El rol de jueces y juezas en la fase de investigación de los sistemas acusatorios está orientada a evitar la afectación o vulneración de derechos o garantías de los intervinientes y en especial del imputado o imputada.

Lo anterior tiene dimensiones que permiten controles de oficio y otras que resultan de la petición de parte.

En relación a los registros de la investigación, y el uso de tales registros para refrescar memoria o evidenciar contradicciones, los tribunales deben observar estrictamente las siguientes reglas:

- a. Los tribunales de control o garantías pueden intervenir cuando la fiscalía ha decidido impedir el acceso a los registros a otros intervinientes y en particular cuando el afectado es el acusado o acusada. Esta intervención puede ir desde impedir la reserva, hasta limitar la misma a determinadas piezas de investigación, o bien limitar el tiempo de la reserva. Esta decisión debe estar fundada en base a justificaciones de necesidad para el éxito o eficacia de las investigaciones invocada por la fiscalía y siempre que existan los fundamentos y respaldos necesarios de tales argumentaciones. En este proceso de decisión corresponde aplicar criterios de proporcionalidad y necesidad.

- b. Los tribunales deberán impedir el uso de las declaraciones previas en sede de juicio o audiencia cuando se acredite que las mismas han sido obtenidas con vulneración de derechos o garantías.
- c. Los tribunales deberán impedir la sustitución de los testimonios de testigos o peritos en juicio por los registros previos donde constan sus declaraciones o los peritajes evacuados por los peritos, salvo las excepciones legales que estén permitidas por la legislación respectiva.

BIBLIOGRAFÍA

American Bar Association.2021. *Reglas Modelo de Conducta Profesional*. EEUU: ABA.

Beltrán, Víctor.2021.Visión de túnel: Notas sobre el impacto de sesgos cognitivos y otros factores en la toma de decisiones en la justicia criminal. *Revista de Estudios de la Justicia* N° 34, junio.

Blanco, Rafael, Decap Mauricio; Moreno Leonardo y Rojas Hugo. 2020. *Litigación Penal Estratégica en Juicios Orales*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch. Colección Tratados.

Código del Proceso Penal de Uruguay. 2017. Uruguay: DO

Código Procesal Penal de Chile. 2002. Chile: DO.

Código Procesal Penal Federal. 2019. República de Argentina: SAIJ

Coloma, Rodrigo. 2006.Vamos a contar mentiras, tralará...o de límites a los dichos de los abogados, *Revista Derecho (Valdivia)*, diciembre.

Coloma, Rodrigo. 2019. Abogados Fastidiosos, Ética y Derecho: jornadas de ética profesional del abogado (2016-2018), ed. Sebastián Contreras. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Consejo de Colegios de Abogados de Europa AISBL (CCBE). 2004. *Código de Deontología de los Abogados Europeos*. Bruselas: CCBE. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigodeontologico.pdf>

Consejo Federal de Colegio de Abogados de Chile. 2011. *Código de Ética Profesional*. Chile: Colegio de Abogados de Chile A.G. <https://colegioabogados.cl/el-colegio/codigo-de-etica-profesional/>

Defensoría. 2010. Código deontico de defensores y defensoras penales públicos, 93 *La Revista de la Defensoría Penal Pública*, septiembre.

Duce Mauricio y Baytelman Andrés. 2004. *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.

Fontanet, Julio. 2010. *Principios y Técnicas de la Práctica Forense*. Puerto Rico: Jurídica Editores.

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. 2015. *Guía práctica 2015. Deontología, derechos, deberes y régimen de responsabilidad del Abogado*. Madrid: Ilustre Colegios de Abogados de Madrid

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 2019. Resolución 88 EXENTA. Chile: Defensa Penal Pública

Moreno Holman, Leonardo. 2014. *Teoría del Caso*. Argentina: Ediciones Didot.

Moreno Holman, Leonardo. 2013. Algunas consideraciones sobre el funcionamiento de la Reforma Procesal Penal. En *El Modelo Adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*. Decap Fernández, Mauricio; Duce, Mauricio y Sáez Martín, Jorge. Santiago de Chile: Thomson Reuters. Legal Publishing Chile.

Organización de los Estados Americanos. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Costa Rica: OEA)

Robinson, Antonio, Warren, Richard W; Chandran, Pamela. 2017. Witness Preparation-Ethical, Practical, and Common-Sense Considerations, presentado en la American Bar Association, Section of Labor and Employment Law, 11 Annual Labor and Employment Law Conference.

CAPÍTULO 3

EL EJERCICIO ÉTICO EN LA LITIGACIÓN PENAL EN AUDIENCIAS¹⁰²

El núcleo fundamental de un sistema de justicia acusatorio es la audiencia. En muchas ocasiones, el ciudadano ordinario considera incluso que en eso consiste la práctica del derecho. Aunque existe una influencia excesiva del cine y se toma muchas licencias dramáticas, lo cierto es que, gracias a la intermediación, lo único que conoce el juez es lo que le muestran o dicen en estos actos y, por tanto, de ahí es donde se dará el juicio de la sociedad al sistema de justicia y a su utilidad, eficacia, efectividad e incluso, a su sostenibilidad.

Por esa razón, las audiencias tienen una serie de reglas sobre el contenido y la información que pueden ser mostrados en ellas. Las reglas del código procesal proveen distintos canales y filtros que evitan que llegue información incorrecta al juez para entender el caso que se le presenta. El filtro más importante, sin duda alguna, va a ser el comportamiento en la sala de los abogados litigantes, cuya principal misión es controlar que la información que se expone cumpla con garantías de calidad. Sin embargo, esas reglas no tienen en cuenta todas las intervenciones que se efectuarán en la sala de juicio ni todos los posibles comportamientos de los abogados. Es en esos términos donde resulta imprescindible tener en cuenta los principios éticos y reglas de mejores prácticas que van a tener efecto sobre el sistema de justicia.

102

David Fernández Mena. Abogado penalista y experto en Tecnologías de Información. Ha sido director de Tecnologías de Información del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chihuahua, a cargo de los sistemas del Poder Judicial, Instituto de la Defensoría Pública, Instituto de Servicios Previos a Juicio e Instituto de Justicia Alternativa, entre otros. Anteriormente fue director para México para la American Bar Association Rule of Law Initiative. Adicionalmente es consultor en materias de Gobierno Abierto y Acceso a la Información, Tecnologías y Políticas Públicas, así como abogado de Iurismatica Abogados, con base en San Sebastián, España. Es Profesor en Políticas Públicas y Derecho de las Telecomunicaciones en INFOTEC, en Ciudad de México. Es abogado colegiado en el ICAM de Madrid, certificado en el Turno de Oficio (Defensa Pública) en materia penal.

La diligencia del abogado litigante

La diligencia es un principio rector del actuar del abogado litigante. La diligencia es el modo de percibir y realizar las acciones de la representación del cliente, una posición intelectual general caracterizada por la prevención, la agilidad y la precisión técnica en la ejecución de la actividad profesional, todo ello con independencia del resultado que se obtenga. Su omisión supone dejación en los comportamientos que todo abogado debe activar en orden a lograr el buen fin de la defensa.

El abogado debe afrontar su trabajo bajo un estándar mínimo de calidad conforme a la “lex artis” y a los criterios básicos de conocimiento y calidad jurídica que se le presuponen. Normalmente esta “lex artis” está acordada por la propia profesión y concretada en los códigos deontológicos de las asociaciones profesionales, de cuyo cumplimiento pueden estar encargadas por la ley correspondiente. Esta diligencia debe darse de manera transversal a todas las actuaciones del abogado, aunque nos referiremos a ella de manera específica a la diligencia que debe de tener el abogado en las audiencias, al comportamiento y habilidades técnicas y éticas que debe desplegar.

LA ÉTICA DE LA TEORÍA DEL CASO

No es posible comprender los sucesos que deben ocurrir en una audiencia sin comprender el concepto de Teoría del Caso. La Teoría del Caso es un concepto heterogéneo con múltiples definiciones, que pasan desde su carácter fáctico y de historia a ser demostrada¹⁰³ a su vinculación con otros elementos esenciales para lograr un resultado, tales como las evidencias o los elementos jurídicos¹⁰⁴ u otras más sofisticadas que le aportan su carácter estratégico, metodológico y de planificación más pragmático para los abogados litigantes.¹⁰⁵ Incluso, algunas jurisdicciones de la región se han atrevido

103 Pelayo Vial Campos, *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno* (Chile: Librotécnica, 2006), 53

104 Mauricio Duce y Andrés Baytelman, *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*, (Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2004), 93

105 Leonardo Moreno Holman, *Teoría del Caso* (Chile: Ediciones Didot, 2014), 28.

do a proporcionar una definición de trabajo mínimo, aportando la importancia que tiene la intervención de las partes para el juzgador.¹⁰⁶

Sin embargo, no debemos perder de vista que el abogado litigante es, antes que cualquier otra cosa, el representante de una persona que si es parte del proceso. El abogado no está involucrado personalmente en el proceso. Esto implica que el litigante debe dar a conocer la teoría del caso a la parte a la que representa para que esta pueda sentirse plenamente representada. Para ello hay que tener en cuenta una serie de elementos que pasaremos a analizar.

El Consentimiento Informado

La mera elaboración de la teoría del caso no es suficiente. En las últimas décadas las reglas del consentimiento informado de la profesión médica han ido desarrollándose dogmática y normativamente. Estas reglas han ido adaptándose a la profesión jurídica¹⁰⁷, la cual ha ido detallando cual es el contenido de lo que debe ser informado al cliente para que realmente este informado y pueda tomar decisiones adecuadas.

El representante debe informar al representado de su opinión profesional al respecto de las posibilidades y la eficacia que va a tener su pretensión basada en su teoría del caso. El Tribunal Supremo español¹⁰⁸ ha desmenuzado a título ilustrativo todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa obligación. A manera de ejemplo, ha señalado el siguiente contenido obligatorio: informar de “pros y contras”, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, y

106 En la contradicción de tesis 412/2010, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México definió la teoría del caso como, “*la idea central o conjunto de hechos sobre los que versará la participación de cada parte, a efecto de explicarlos y determinar su relevancia, dotándolos de consistencia argumentativa para establecer la hipótesis procesal que pretende demostrarse y que sustentará la decisión del juzgador, la cual deberá vincularse con los datos aportados para desvirtuar aquellos en que se apoyen las afirmaciones de su contraparte, de manera que la intervención de las partes procesales puede resumirse en: presentación, argumentación y demostración*”.

107 Joaquín Tafur López de Lemus, ¿Es posible aconsejar en el ejercicio de la abogacía la práctica del «consentimiento informado al cliente»? *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 26 de septiembre de 2017, 2

108 Sentencia de 23-05-2001, n° 498/2001, rec. 914/1996, después seguida por la sentencia de 12 de diciembre de 2003 (Recurso de casación núm. 463/1998) y por la sentencia de 14-07-2005, n° 633/2005, rec. 971/1999

explicación sobre el conocimiento a nivel de especialidad del propio abogado, es decir, explicar el nivel de experticia o su carencia al caso concreto. Este análisis solo debe versar al respecto de su conocimiento y su opinión al respecto del caso y de su experiencia. El abogado debe aclarar siempre que no existe forma de garantizar un resultado, siendo una mala práctica común y grave la promesa de éxito.

Perspectiva de la Defensa

Existe una amplia discusión no resuelta en el ámbito de la profesión, sobre cuál es la manera correcta de actuar de los abogados defensores; si estos deben ser los que construyan su teoría del caso y exponerla a su representado para que este decida si satisface sus pretensiones o si, a la inversa, el representado debe presentar las pretensiones al cliente y en función de eso, construir una teoría del caso sobre la cual el abogado, de acuerdo a su experiencia y conocimiento, pueda manifestar su opinión al respecto de la probabilidad de éxito.

El primer método es muy común en la práctica de los sistemas penales acusatorios; el abogado, en función de los registros existentes en la carpeta de investigación o equivalente crea una teoría del caso que expone y defiende en audiencia frente al tribunal. Ocurre habitualmente en las audiencias preliminares, puesto que al llegar a estas no suele existir toda la investigación e incluso, el contacto con el representado ha sido limitado, sobre todo cuando se da una situación de arresto y el nombramiento del abogado es reciente. En este primer método podría existir una falta ética, por falta de aceptación de la teoría por el representado. Sin embargo, debido a la falta de tiempo de contacto que suele existir en las primeras etapas procesal podría darse una causa de justificación a esta práctica.

El segundo método suele aplicarse más en la práctica del derecho privado, donde el cliente tiene un objetivo claro o pretensión, y va a orientarse con su representante. Este le orienta para la construcción de la teoría que guiará el caso, así como de la obtención del material probatorio que pudiera faltar. El abogado litigante debe de tener la experiencia y práctica para su armado, por lo que suele ser quien realmente lleva la iniciativa en el ejercicio de la construcción. Al efectuarse de manera conjunta, el consentimiento y el conocimiento por parte del representado está implícito.

Es posible combinar aspectos de ambos métodos para lograr satisfacer los deberes técnicos y éticos de una manera más adecuada, teniendo en cuenta la celeridad y los cambios de circunstancias propias del Proceso Penal.

Mala práctica: La ausencia de teoría del caso

En muchas ocasiones, hay litigantes que defienden la existencia de una estrategia que denominan de manera errónea como “defensa pasiva” o “teoría del caso pasiva”. La teoría del caso pasiva es aquella en la que el defensor no presenta una historia propia, sino que centra el debate en la ausencia de pruebas o de coherencia en la teoría del caso del rival. Lo habitual es que haya diferencias con la teoría del fiscal cuando hablamos de un sistema acusatorio.

Sin embargo, se ha observado en la práctica que se confunde la teoría del caso pasiva – o de refutación – con la pasividad en la defensa. Esta pasividad implica que realmente no se tiene ninguna teoría del caso propia, sino que únicamente se contradice sin orden la teoría de la fiscalía considerando que eso es una preparación suficiente.

Una teoría del caso pasiva exige que existan una serie de temas en los cuales hay fallas concretas de coherencia, credibilidad, lógica o similar en la teoría del fiscal, las cuales serán demostradas de manera directa mediante pruebas propias, que pueden incluir los conainterrogatorios de los testigos de la fiscalía. Dejar al albedrío de la fiscalía la posibilidad de que no consiga ella por sí misma demostrar su teoría, es una falta de diligencia inaceptable.

Perspectiva de la Fiscalía

La teoría del caso de la fiscalía está limitada, primero que nada, por los principios de congruencia y de objetividad¹⁰⁹. Esta congruencia es “la obligación que la ley impone en primer lugar, al persecutor penal en cuanto que debe respetar la necesaria correlación entre el componente factico, material [...] con aquel señalado en las acusaciones”. Por tanto, la principal obligación ética del fiscal es presentar una teoría del caso

109

Rodrigo Cerda San Martín, *La valoración de la prueba. Sana Crítica*, (Chile: Librotécnica, 2008)

que no tuerza los hechos con el propósito de obtener un resultado. Por muy obvio que parezca, parece necesario recordar que la obligación de la fiscalía no es lograr condenas, sino tutelar el cumplimiento de la ley de acuerdo con otro principio: el principio de objetividad, que consiste básicamente en la imposición legal que recae en el órgano persecutor de investigar y recabar -con el mismo celo- tanto los antecedentes de un hecho delictivo que conduzcan a establecer la culpabilidad de un imputado como aquellos que puedan probar su inocencia y analizar de manera objetiva los hechos y los elementos probatorios.

La mayor parte de los problemas que acaban generando un daño reputacional a la fiscalía suelen ser precisamente debidos, a la quiebra de estos principios y su falta de aplicación en la teoría del caso.

Perspectiva del representante de la víctima

El representante de la víctima en el proceso penal es una figura de relativa novedad y que no existe en todos los códigos de la región. Adicionalmente existe cierta discusión al respecto de sus alcances y posibilidades, que tienen que ver con la misma tutela de la acción penal y si corresponde al estado o puede existir una meramente privada – y todas las posibilidades intermedias. Pero lo cierto es que este representante solo cobra sentido cuando tiene una teoría del caso diferenciada de la de la fiscalía. Aunque sea únicamente a la hora de la individualización de sanciones.

El consentimiento informado que tiene que proporcionar la víctima sobre la teoría del caso, tiene que incluir, además de todo lo mencionado previamente para el caso de la defensa, las diferencias que existen entre la teoría del caso de la fiscalía y la suya propia. Estas diferencias hacen que la propia figura cobre sentido y no sea meramente un repetidor de las actuaciones de la fiscalía dentro de la audiencia.

Los límites éticos de las posibles teorías

Sin duda, la principal misión de un litigante en un sistema acusatorio consiste en convencer de su teoría del caso a la o las personas que deciden sobre la culpabilidad o inocencia de acuerdo con el rol que le corresponda. Y para eso, deben tener una teoría del caso convincente, compatible con las evidencias existentes, y debidamente informada a su representado.

Aun así, existen ciertas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta desde una perspectiva ética cuando hablamos de teoría del caso. Estas consideraciones son las circunstancias limítrofes entre la obligación ética del litigante hacia su representado y el abuso e instrumentalización del proceso para un fin indebido.

Aunque muchos de estos límites suelen ser resueltos mediante las normas procesales, sobre todo en los ejercicios de admisión y exclusión probatoria, hay muchas situaciones donde no serían suficientes y es necesario revisar si la ética y la deontología profesional pudieran limitar estos abusos.

Lesión injusta a la parte contraria

Es contrario a la ética lesionar los derechos de la parte contraria, tanto los referidos al caso que se esté representando como a los ajenos al mismo, cuando no es necesario para defender los derechos e intereses de su representada. Dicha lesión se puede dar dentro de la audiencia al tratar de exponer propuestas fácticas que sean innecesarias para la resolución del caso y que impliquen algún tipo de lesión, por ejemplo, a la vida privada de la contraparte o a su prestigio profesional. Esta lesión puede producirse tanto en el ámbito personal de la contraparte como en el ámbito familiar o laboral de la misma. Debe notarse que esta lesión no está prohibida *per se* desde una perspectiva ética, sino que lo que está prohibido es el ataque **innecesario y personal** a alguno de los elementos como pueden ser las pruebas testimoniales.

De acuerdo con algunos códigos éticos¹¹⁰ esta lesión requiere los siguientes elementos:

- Que la lesión generada lo sea dolosamente: La intención que tiene la actuación no es probatoria de algún hecho relevante y necesaria para la teoría del caso del litigante, sino que su exclusiva intención es causar daño a algún elemento relacionado

110 Como por ejemplo el Código de la Abogacía Madrileña. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Guía Práctica 2015. Deontología, derechos, deberes y régimen de responsabilidad del abogado* (Madrid: ICAM, 2015)

con la contraparte o para su representado. Normalmente estos ataques suelen tener un elemento de venganza o incluso de “chantaje” como consecuencia de acudir al sistema de justicia por lo que el control de la pertinencia es una necesidad de control ético de la profesión para que el sistema de justicia penal no se transforme en un simple ciclo de la venganza.

- Que el daño sea innecesario desde el punto de vista del caso, del relato de hechos de la Teoría del Caso o de la relevancia: No es discutido que para representar a un cliente sea necesario lesionar derechos o prestigios de algún elemento relacionado con las contrapartes. Si lo es el que esa lesión sea absolutamente innecesaria o irrelevante para probar algún elemento de la historia que esté relacionado con la teoría del caso. Esta lesión deviene en injusta al transformar la audiencia en un juicio paralelo a otros hechos que no tienen que ver con el caso y que distraigan la atención de los juzgadores.
- Si esta lesión es alevosa, que no pueda reaccionar el agredido en su defensa, el comportamiento resulta más grave. Lo habitual en una audiencia es que siempre exista, debido al principio de contradicción, algún momento posterior donde poder replicar a ese intento de lesión. Sin embargo, existen momentos o formas donde no podrá ejercerse esa respuesta, por ejemplo, en una contrarréplica de un alegato de clausura o finalizando el desahogo de algún testigo. Algunos códigos consideran que incluso esta alevosía es un requisito de la lesión injusta.

Especial mención al comportamiento sexual previo y posterior

Existen códigos procesales que contienen reglas que prohíben la admisión de pruebas que tengan como objeto la demostración del comportamiento sexual previo o posterior de la víctima. Aunque estas reglas suelen estar limitadas a los delitos contra la libertad sexual, en muchas ocasiones se han ido ampliando a otros delitos y faltas, tanto normativamente como de forma interpretativa.

La introducción de este tipo de reglas es un antiguo reclamo por aquellos que consideran que existe una revictimización secundaria

innecesaria por parte de la defensa en muchos de estos delitos, y que se intenta generar una confusión en el juzgador distrayéndolo de los hechos objetivos materia del caso, generando un efecto difamatorio en la víctima.

Éticamente no existen reglas específicas en ninguno de los códigos existentes en derecho comparado, por lo que debe aplicarse un análisis ético sobre cuando el uso del comportamiento sexual previo y posterior es válido como parte de la teoría del caso.

No se observa que el uso de estos temas sea por sí mismo contrario a la ética o persiga necesariamente efectos difamatorios o revictimizantes. De nuevo y de manera general, son contrarios a la ética los usos del comportamiento sexual que pretendan únicamente una lesión dolosa e innecesaria para la víctima o para cualquier interviniente.

En tiempos recientes¹¹¹, se ha generado un debate público sobre la adecuación ética del empleo de este tipo de líneas argumentales con un componente de presión social, y se han manifestado dos posibles opciones; la total negación y impertinencia de la mención del comportamiento sexual previo o si, por otro lado, esta prohibición total puede acabar generando indefensión ante una condena que suele ser elevada debido al populismo punitivo imperante.

El núcleo del problema ético, y de las quejas legítimas sobre esto, nace cuando se vincula causalmente el comportamiento sexual con el hecho, por ejemplo, cuando se relaciona este comportamiento previo con el consentimiento en el hecho. Sin embargo, es un tema delicado de presentar en una audiencia de juicio, y debe hacerse un análisis profundo y específico sobre la cuestión, empleando si es posible cualquier otra propuesta fáctica que llegue a la misma conclusión.

El posible que existan ocasiones donde sea posible que sea necesario plantear la existencia de comportamiento sexual previo o posterior, debiendo ser extremadamente cuidadoso en la presentación del alcance que tenga este comportamiento sobre los hechos del caso. De manera general, es común encontrar lo siguiente:

111 Por ejemplo, en el conocido y mediático caso de “La Manada”, la familia contrato a una agencia de detectives para comprobar si la joven llevaba una vida “normal” tras las agresiones que había sufrido en Pamplona durante los Sanfermines de 2016.

- Para demostrar la existencia de una relación previa: La existencia de comportamiento sexual previo, y normalmente reiterado, puede ser necesaria para acreditar agravantes o eximentes, o incluso para probar o negar la tipicidad del hecho. Hay que ser extremadamente cuidadosos en no vincular causalmente la existencia de este comportamiento con los hechos, puesto que esa vinculación es la que puede ser difamante y que cause una lesión innecesaria.
- Para probar o negar el testimonio de algún interviniente: En caso de que alguien niegue que conozca a la persona, o de que la existencia de ese acto concreto proporcionara una incompatibilidad con el relato de la contraparte, como por ejemplo en una coartada. De nuevo, hay que mostrar el tema de una manera muy objetiva, haciendo énfasis en el momento concreto y no en la generalidad del comportamiento, evitando de nuevo el mencionar una hipotética relación causal entre el delito y el comportamiento.

LAS AUDIENCIAS

Los principios del Sistema Acusatorio despliegan sus efectos en las diferentes audiencias que el sistema tiene y que son la garantía de garantías. Las audiencias serán adecuadas y eficaces en tanto los diferentes abogados tengan un conocimiento técnico suficiente para presentar sus teorías del caso mediante las destrezas adecuadas. Esto implica que el comportamiento de los representantes en las audiencias tiene una serie de implicaciones al respecto de su responsabilidad profesional.

En primer lugar, hay que recordar que el comportamiento de un abogado en audiencia es percibido por todos; el juez, las partes y el público. Cualquier actuación es vista (y grabada) de manera integral. Por tanto, esa actuación o esa forma de actuar nos seguirá durante nuestra vida profesional. Normalmente el número de jueces es limitado en una ciudad, provincia o demarcación judicial, por lo que recordaran nuestra forma de actuar. No solamente el comportamiento adecuado en las audiencias es por un deber ético, sino que reputación profesional. Tanto la personal, como la que acabamos generando en el público al respecto de toda la profesión.

Relaciones entre las partes durante la audiencia

Las audiencias pueden llegar a ser emocionalmente muy complicadas para todos los involucrados, incluyendo a los abogados litigantes que participan en ellas. Los conflictos que se debaten pueden llegar a generar una espiral de violencia verbal rápidamente, con el posible uso de sanciones en contra de los abogados y como se mencionó previamente, la pérdida de prestigio profesional que ello conlleva. Para evitar esto, hay una serie de reglas de comportamiento que deben ser empleadas durante toda la audiencia en cualquier intervención.

Relación con las contrapartes

De manera ordinaria y constante, debe haber un trato considerado de palabra y obra hacia los demás abogados que participen en la audiencia. Además de cooperar en la despresurización de la situación emocional, los abogados no deben perder su carácter de representantes y personalizar.

Este trato debe extenderse no solo al comportamiento en las audiencias, sino también al trato en los escritos judiciales que correspondan, tales como la acusación.

Tampoco se debe involucrar a la contraparte en el asunto ni de forma directa ni indirecta. La audiencia es para revisar la postura, pretensiones y teoría del caso de la contraparte, no la calidad personal del abogado. Es casi una costumbre la constante calificación y el abuso de adjetivos que se vienen dando en las audiencias, referidos a la calidad personal del abogado de la contraparte, más que a su teoría. Es éticamente necesario despersonalizar esta cuestión en una audiencia y procedimiento que a priori, no debería de ser un acto de reclamo entre los abogados.

Relación con los testigos

Durante el periodo de tiempo en el que están siendo desahogada las audiencias en las que intervengan, normalmente la audiencia de juicio, no se debe mantener contacto directo con los testigos que va a presentar la contraparte. Este contacto genera suspicacia y una apariencia indebida, tanto para las contrapartes como para incluso, el juzgador que

conozca de este comportamiento. La forma idónea de contactar a los testigos en este periodo debe ser a través del abogado que los ofreció para el juicio.

No existen demasiadas razones para que a esta altura del proceso sea conveniente o incluso adecuado el que se tenga que contactar o entrevistar a los testigos. Sin embargo, existen multitud de excepciones como la prueba sobre prueba o en la búsqueda de pruebas supervinientes. La casuística de los juicios es muy amplia. En esos casos es recomendable las entrevistas se efectúen, si es posible, delante del abogado de la contraparte que los ofreció.

Los Testigos deben de comparecer a estas entrevistas de manera voluntaria y sin que medie presión, coacción o premio de ninguna clase para que accedan a esta reunión o a proporcionar información.

Estas mismas reglas aplican desde que el testigo ha sido ofrecido como medio de prueba y aceptado en el proceso. La limitación debe durar hasta que su intervención haya concluido.

Relación con el público

Es común que el abogado litigante tenga que enfrentarse a informar sobre lo sucedido en las audiencias, tanto a los medios de comunicación tradicionales como al público general. Aunque las audiencias son generalmente públicas y cada vez más accesibles, en la información que se vierte en ellas no suele ser suficiente para la demanda de información del público. En muchas ocasiones, requiere aclaraciones, opiniones adicionales, comentarios o incluso, conocer la opinión del representado a través del abogado.

Es tan relevante, que incluso se puede llegar a considerar una herramienta más del litigante, sobre todo cuando el caso se ha mediatizado y tendrá necesariamente que litigar también en los medios para que haya una diligente representación. También debe de tenerse en cuenta que existe un interés legítimo del público sobre la manera en que se conducen los procedimientos judiciales.

Es necesario aclarar que, como abogados litigantes, no existe una prohibición ética con carácter general sobre comentar en medios

de comunicación o en redes sociales aspectos relevantes a lo sucedido en las audiencias. Además, su carácter público, la libertad de expresión debe de imperar en una sociedad democrática, sin perjuicio de que esa información forma parte también de la representación a nivel extrajudicial, mediante el ejercicio del derecho de réplica.

- Sin embargo, hay que tener en cuenta que hay ciertas informaciones que, aun desveladas en audiencia, no deben de ser compartidas por los representantes debido a la lesividad que puedan generar en el proceso¹¹²:
- Los antecedentes penales de una parte, un sospechoso o una sospechosa en una investigación criminal o un testigo: La mención de los antecedentes penales es información que no debe ser relevante para la existencia del hecho o no, y su difusión solo puede generar efectos contaminantes en el proceso.
- La identidad de un testigo protegido o datos que permitan averiguar esta identidad.
- Adelantar el testimonio que dará un testigo propio o que se espera de uno ajeno: El anticipo de la información que proporcionara, genera contaminación indebida hacia el juez. Incluso, tendrá un impacto indebido en la credibilidad del testigo, por lo que no puede ser considerado como un comportamiento diligente.
- Relato de información obtenida a puerta cerrada, como pueda ser información de delitos sexuales, menores u otros.
- La existencia o el contenido de cualquier confesión, admisión o declaración hecha por un acusado o un sospechoso o una acusada o sospechosa registrada en las declaraciones previas, antes de su desahogo en audiencia. Como regla procesal, los registros previos no son prueba de ningún hecho y de acuerdo al principio de inmediación, lo importante es la declaración frente al juez. En caso de comentar el detalle de esas declara-

ciones previas, se estaría generando una contaminación indebida y extra jurisdiccional ante los juzgadores

- La negación de dicha persona en hacer una declaración o la ausencia de tal declaración.
- La mención de cualquier evidencia o medio de prueba cuya admisión fue rechazada en cualquier etapa. La exclusión de evidencia es un procedimiento que intenta evitar la contaminación del juzgador con medios de prueba que no sean válidos. Pero esta protección quedaría sin sentido cuando el abogado pudiera mencionar la existencia y contenido de las mismas, puesto que el juzgador ya conocería de estos medios de prueba prohibidos.
- Cualquier información que fuera obtenida mediante el secreto profesional sin consentimiento previo por parte del representado.
- Cualquier información que pudiera ser previsiblemente perjudicial para su representado.

Perspectiva de la fiscalía

La fiscalía, tiene una naturaleza de acusadora y de garante del cumplimiento de la ley. Es habitual que deba hacer comentarios que son necesarios para informar al público sobre la naturaleza y alcance de sus actuaciones y que sirvan un propósito legítimo del sistema de justicia criminal.

Sin embargo, esto implica una carga social más estricta, debiendo abstenerse de hacer comentarios extrajudiciales que tengan la probabilidad sustancial de exacerbar la opinión pública en contra de una persona imputada de delito. Además, la fiscalía tiene la responsabilidad de evitar que investigadores, funcionarios del orden público, empleados o personas asociadas o que colaboran con el ministerio público ofrezcan información o hagan manifestaciones extrajudiciales que la propia fiscalía no pudiera efectuar.

EL PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN Y SUS LÍMITES ÉTICOS

La contradicción es la base de los sistemas de justicia penal acusatorios. La gran diferencia con los sistemas inquisitivos que queremos dejar atrás. Además, el ejercicio de esta contradicción es la base que permite una verdadera representación de los intereses de las partes involucradas, tanto víctimas como imputados. Pero esta contradicción llevada al exceso, acaba aniquilando su principal virtud: el obtener toda la información de todas las perspectivas posibles.

La ausencia de comportamientos éticos puede acabar con la atención, la relevancia y con las verdaderas finalidades del proceso.

Atención en las audiencias

Recordemos nuevamente que la audiencia es el centro de todo sistema acusatorio. Toda la información es obtenida mediante la metodología de audiencias. Esta garantiza de manera directa o indirecta los insumos que necesita el juzgador para resolver sobre la culpabilidad o inocencia. Gracias a la contradicción, esa misma información es de utilidad para todos los abogados litigantes. Al poder contradecir esa información, la atención pasa a formar parte básica de la construcción del ejercicio de litigación. Los contrainterrogatorios, en gran parte pueden ser contruidos en base a lo que se dice en la audiencia. En esencia mantener un nivel suficiente de atención para no perder información que sea necesaria en la representación de su cliente forma parte de la *Lex Artis* más básica de cualquier abogado que acuda a audiencias. El Abogado debe mantener en todo momento la capacidad de percibir u observar elementos o sucesos esenciales del juicio, necesarios para una adecuada comprensión de las cuestiones que se resolverán posteriormente.

Por desgracia dejar de atender es una terrible y común mala práctica una vez que ha concluido la intervención propia. Esta falta de atención puede deberse a la necesidad de revisar la documentación o para preparar un ejercicio de litigación posterior. Esa falta de atención genera las siguientes consecuencias:

- Ausencia de control horizontal de las preguntas de la contraparte: Cuando se deja de prestar atención las preguntas quedan

sin control, puesto que el juez no debe bajo ningún concepto efectuar objeciones o controlar la calidad de las preguntas.

- Ausencia de oposición en caso de alguna exposición de información indebida por la contraparte o el testigo: Los testigos acuden a la audiencia para poder informar al tribunal de lo que han percibido, lo que han hecho o lo que saben sobre alguna información relevante para el caso. Sin embargo, esta haber sido limitada en muchas ocasiones tales como que se haya excluido parcialmente en una etapa anterior, que sea relevante, que no sea de forma coactiva... Una simple distracción ante una intervención así puede generar un daño sustancial a la teoría del caso del representado.
- Ausencia de posibilidad de rehabilitación del testigo ante alguna falla o contradicción: Las audiencias en materia penal son intensas. La presión a la que se ven sometidos los testigos es bastante elevada y es común que cometan errores. De hecho, la preparación de los testigos mencionada en capítulos anteriores suele abordar esta posibilidad para proporcionar tranquilidad al declarante. Sin embargo, la ausencia de atención puede hacer que el testigo se sienta abandonado cuando cae ante una contradicción porque en el turno posterior, el abogado no haya notado que necesita dar explicaciones sobre la intervención anterior.
- Falta de protección a nuestros testigos ante ataques de la contraparte: Aunque los testigos no sean exclusivos del que los ofrece, estos confían en que quien los trae a la audiencia vigilará que no sean sometidos a un maltrato innecesario o que no sean coaccionados de manera indebida. La debida falta de atención en este supuesto incurre en una falta ética que trae como consecuencia una lesión indebida en los derechos del propio testigo. Incluso, del propio proceso puesto que es el comportamiento que el sistema está esperando por parte de los propios intervinientes
- Y hay que hacer una especial mención a la total desatención de la audiencia por estar revisando dispositivos electrónicos

en labores que no tienen relación alguna con la actividad propia del litigio, tales como redes sociales u otros. En el caso de los juzgadores ya existen antecedentes de nulidad de actos por falta de atención puesto que se quiebra el principio de inmediación, pero en el caso de las y los abogados litigantes es un deber ético que no está contemplado en las normas procesales. Si bien existen muchos tribunales que por seguridad no permiten a los intervinientes que entren con estos dispositivos, es una buena práctica el mantener los dispositivos dentro de la maleta, para que estén accesibles, pero alejados de la tentación de la distracción.

La pertinencia de los debates en las audiencias

De manera general también existe una forma dolosa de distracción de la atención por parte de abogadas o abogados molestos¹¹³ consistente en la formulación de debates dentro de la audiencia que no están relacionados en sí con el caso y cuyo propósito siempre es espurio. A manera enunciativa, se advierten los siguientes:

- *Debates para atacar el prestigio de la contraparte:* Este tipo de debates impertinentes no tratan sobre el caso o sobre algún elemento relevante para la teoría del caso, sino que intentan someter a juicio al abogado de la contraparte por un motivo relacionado con él. Además de técnicamente incorrecta y escasamente eficaz, este comportamiento es una falta ética contra el proceso al generar distracción y cansancio innecesario en los intervinientes, sin perjuicio de que pudiera incurrir en lo mencionado previamente sobre lesión injusta y dolosa.
- *Debates sobre la calidad moral del testigo:* En muchas ocasiones, se intenta obtener o sacar a flote información que sea referida a la calidad moral del testigo. Además del especial cuidado que se debe tener cuando se traten estereotipos que pudieran replicar diferencias de poder socialmente establecidas, estos

113

Rodrigo Coloma “Abogados Fastidiosos”, en *Ética y Derecho: jornadas de ética profesional del abogado (2016-2018)*, ed. Sebastián Contreras (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019)

debates suelen ser impertinentes y distractores de manera innecesaria.

- *Debates para demostrar actividad:* Las audiencias pueden ser largas y extenuantes. Y en muchas ocasiones, por cuestiones estratégicas referidas a una buena teoría del caso, el abogado puede estar un largo periodo de tiempo sin intervenir. Es habitual que por lucimiento frente al cliente o para hacer que parezca que está haciendo una buena labor, el abogado decida que es buena idea el intervenir, aunque no exista necesidad alguna o la intervención sea notoriamente impertinente. Esa dilación indebida, además de técnicamente incorrecta, es claramente contraria a los objetivos y la ética implícita en una audiencia.
- *Debates para esconder la falta de estudio:* La práctica del litigante es compleja y laboriosa en la mayor parte de las ocasiones. Es por eso por lo que comenzamos este capítulo mencionando la diligencia del abogado y abogada. Es esencial para el caso que están representando, y forma parte de la eficiencia que deben mostrar ante el cliente, sobre todo en las audiencias. El exceso de trabajo hace que muy comúnmente no se tenga la debida diligencia a la hora de estudiar los asuntos y de preparar las intervenciones. Como consecuencia, los y las litigantes generan debates que intentan ganar tiempo mediante diferimientos u otras estratagemas para ellos mismos saber cuál es el rumbo de estudio que deben seguir. En tanto en cuanto esto evita que el proceso siga su curso por únicamente por el interés del abogado, es una inexcusable falta ética.

Dirección indebida de los testigos

Declarar en un juicio es una actividad estresante y emocionalmente difícil para cualquiera. El miedo a no cumplir con la misión que el testigo tiene hace que, en muchas ocasiones, este cometa errores innecesarios u olvidos repentinos, causados por el nerviosismo. Esta situación es muy normal en la práctica, y un litigante diligente así debe hacérselo saber al testigo cuando está preparándole, advirtiéndole que es válido el que diga que no recuerda o que no sabe, para así poder emplear los registros previos para ayudar en su testimonio.

Sin embargo, en ocasiones con un afán de ayudar al testigo o por falta de técnica adecuada, se comete una falta ética intentando apoyarlo: haciéndole señas, gestos u otro tipo de mecanismo para hacerle llegar la información que el litigante quiere que sea proporcionada. En ocasiones, hasta hay litigantes que acuerdan códigos de señas, palabras clave, etc. para poder dirigir así al testigo, en un ejercicio que casi puede recordar más a una obra teatral que a un testimonio.

Si bien, es comprensible que ese apoyo sea en muchas ocasiones involuntario y en pos de la eficacia del testimonio, su forma dolosa sigue siendo contraria a la ética profesional, puesto que se altera la información que el testigo proporciona.

Gesticulación indebida

El juzgador en la audiencia está observando todo lo que ocurre en la sala. Tanto que incluso algunos juzgadores se la apropian, considerándola su sala. El juzgador observa al testigo, al público y a los litigantes para poder conducir la audiencia, que es su función en el sistema.

Algunos litigantes, siendo conocedores de esto, confunden la sala de juicios con la cancha de fútbol, y como si fueran receptores de una falta, efectúan gestos y aspavientos grandilocuentes para hacer mostrar al juez su desacuerdo sin necesidad de presentar objeciones, en una especie de derecho a la pataleta.

En una versión más grave de este comportamiento, existen litigantes que de manera constante durante todo el desahogo de testigos que no son propios, muestran su desagrado por las preguntas o por las respuestas que esta escuchando. Además de la reprimenda que pueda recibir por el juzgador, si este comportamiento es doloso y reiterado con el propósito de distraer a los intervinientes, o incluso de coaccionar al testigo, ese comportamiento es inaceptable éticamente.

Uso idóneo y ético de las objeciones

Las objeciones son una herramienta de la litigación en audiencias, regulado en los códigos procesales, que permite a los abogados litigantes controlar la calidad de la información que va a recibir el juez,

vigilando la calidad de las preguntas que se efectúan a los testigos¹¹⁴. La finalidad de las objeciones es garantizar que las preguntas que se efectúan al testigo no tienen un efecto coactivo en el testigo, no introducen información indebidamente o no generen confusión que altere la información que el testigo proporciona.

Sin embargo, se ha generado, incluso doctrinalmente, la idea de que la objeción a las preguntas es también una herramienta que puede emplearse para dificultar la labor de la contraparte, evitando su la concentración y obstaculizando el flujo de información en la audiencia. Incluso, esto ha venido llamándose “objeción estratégica”.¹¹⁵ No existe tal objeción estratégica. De hecho, la estrategia correcta en lo que respecta a las objeciones no es evitar que se detenga el flujo de información que recibe el juez y generar molestia en él. La estrategia correcta es permitir que la información fluya y evitar únicamente las preguntas que contienen un daño hacia nuestra teoría del caso, siempre que sea pertinente.

La principal mala práctica que se encuentra en la litigación en audiencias de juicio tiene que ver precisamente con el abuso de las objeciones. Las objeciones mal empleadas no solamente dañan a la audiencia y por tanto al resultado del juicio, sino que son un comportamiento que resulta incompatible con el “trato considerado” hacia cualquiera de los demás intervinientes. El abuso de las objeciones genera la percepción adicional de que el abogado que objeta tiene un mal conocimiento de la técnica de litigación y, por lo tanto, carece de la diligencia necesaria y exigible.

Únicamente las objeciones pertinentes contra preguntas que dañen nuestra teoría del cumplimiento con la diligencia necesaria del abogado, con el trato debido a los demás litigantes y finalmente, con los principios del propio sistema.

114 Aunque puedan existir objeciones en una audiencia que sea diferentes a las objeciones a las preguntas, el grueso de las objeciones en una audiencia es siempre sobre las preguntas de una contraparte y en esos términos exponemos su problemática.

115 Existen múltiples autores que han generado esa categoría de objeciones, definiendo la objeción estratégica como aquella que “Es utilizada por las partes con objeto de interrumpir y darle descanso a su testigo cuando está siendo afectado por el contrainterrogatorio de la parte adversa”. Este autor no logra precisar quien fue el inventor original de semejante concepto. Esta categoría desnaturaliza total y absolutamente la finalidad de las objeciones y no tiene cabida, por supuesto, en ningún código procesal penal latinoamericano.

Impugnación de pruebas y registros previos

El control horizontal efectuado por las partes en litigio sobre el empleo de registros previos o a la incorporación de evidencias es básico en la labor de los y las litigantes. El juzgador obtiene de este control una certidumbre de que la información que le llega tiene las características adecuadas para ser tenida en cuenta y que pueda ser valorada.

Uno de los pasos que se efectúa en la técnica que se ha desarrollado y empleado en nuestra región, es que se muestra o avisa a la otra parte del documento u objeto que se va a mostrar al testigo, y por tanto después al juez. En ese paso, se han podido observar comportamientos que afectan al desarrollo de la audiencia y de la práctica de la prueba que no son éticamente aceptables:

Por parte de quien las emplea:

- **Anotaciones:** A la hora de emplear un documento en el uso de un registro previo, por ejemplo, para un refresco de memoria, es común e incluso consuetudinariamente exigido que se resalte de alguna manera el párrafo que contiene la información a recordar. Sea que se subraye, resalte o marque, el documento que se entregue al testigo este no debe de contener información adicional alguna, sea directamente sobre el documento o con notas adhesivas u otros. Este tipo de comportamiento es una forma de falseamiento de evidencia que no debe ser permisible. Aunque el control horizontal suela evitarlo es una práctica que no debería siquiera de pensarse como una opción. Como anécdota en otras jurisdicciones donde las reglas deontológicas están más desarrolladas, puede observarse como la confianza entre las partes es más alta y no suelen requerir que se muestren los documentos antes de mostrárselos al testigo, puesto que saben que podrían ser gravemente sancionados en caso de que hicieran algo similar.
- **Adelanto del contenido del documento:** Hay dos aspectos que hay que revisar cuando hablamos del uso de declaraciones previas. El primero es que hay que recordar que el juez no tiene y no debe de tener conocimiento sobre la existencia o no

de los mismos, puesto que no debe de tener conocimiento previo sobre los mismos o la audiencia dejaría de tener sentido alguno. ¿Para qué escuchar a los abogados? Lo segundo es que, en ningún momento en la audiencia, el juez debe de tener en su mano los documentos, puesto que no solo es innecesario, sino que existe una prohibición general para valorarlos y no son considerados evidencia. Sin embargo, los abogados en ocasiones caen en la tentación de desvelar o adelantar el contenido del documento que van a mostrar al testigo y mencionan el contenido al juzgador. Quizás por facilitar el uso que están solicitando por ejemplo adelantando una contradicción. Sin embargo, esto es un comportamiento contrario a la ética del abogado, al estar causando una contaminación indebida al juzgador más allá de lo establecido en las normas procesales.

Por parte de quien revisa:

- **Oposiciones infundadas:** La búsqueda de algún motivo para evitar que se pueda continuar con alguno de los ejercicios es una práctica común. Finalmente, los ejercicios de introducción de prueba o el uso de declaraciones previas tales como una evidencia de contradicción, son críticos para el éxito de la presentación del caso. Sin embargo, no es un terreno donde todo sea válido. La oposición constante e infundada al empleo de documentos u objetos, de manera dolosa y reiterada no solamente es una mala práctica que distrae la atención del juzgador a aspectos que no son relevantes para el caso, sino que de manera indebida lesiona el trato cortés con el que deben de manejarse los abogados.
- **Negaciones dolosas:** En una iteración más grave del comportamiento mencionado anteriormente, los abogados niegan la existencia, posesión, conocimiento o incluso autenticidad del objeto o documento que se va a presentar al testigo, y por tanto al tribunal. En muchas de las ocasiones, el juez no puede tener conocimiento de la existencia o no de estos documentos, por ejemplo, si existe declaración previa de un

testigo, puesto que el juez no puede tener acceso a estos documentos. Por lo que esa negación altera gravemente la percepción que pueda tener el juzgador al respecto del elemento probatorio. Aunque la solución técnica más adecuada, en nuestra opinión, debe ser siempre permitir el ejercicio y valorar posteriormente la información a la hora del fallo y la sentencia, la negación temeraria y dolosa de la autenticidad del objeto o documento es un comportamiento éticamente grave contra el trato cortés y contra la evidencia, siendo una forma de alteración de esta.

Los testigos vulnerables

El trato que se debe otorgar a los testigos vulnerables ha sido un tema de gran interés en las últimas décadas. A efectos de este punto, se considera testigos vulnerables a los testigos con alguna forma de discapacidad o a niños niñas y adolescentes, sin perjuicio de reconocer que existen categorías adicionales que debieran entrar en la consideración. Las convenciones y normatividad que regulan esta cuestión son amplias y ricas en detalles. No es motivo de esta obra el repasarla en toda su extensión, pero sí lo es el repasar una serie de principios básicos que van a afectar el desempeño ético de los abogados litigantes dentro de las distintas audiencias en las que tomarán parte.

Reducción de participaciones: Se deberá evitar que los testigos vulnerables¹¹⁶, participen en un número excesivo de intervenciones y todo contacto innecesario con el proceso de justicia. La participación innecesaria, va a tener una especial tutela por parte de los juzgadores, pero ciertamente en un sistema acusatorio la información con la que

116 En lo que respecta a Niños, Niñas y Adolescentes:

- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delito, artículos: 12; 23; 30, d); 31, a);
- ONU, Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No.12, El derecho del niño a ser escuchado*, 20 de julio de 2009, párrafos: 24; 134-d.
- Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y Garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014, solicitada por la CIDH, párrafos: 123
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, reglas: 12; 69 a 71; 76

contará el juez es limitada, y va a depender del comportamiento ético de las partes que, de manera estricta no empleen las participaciones que no sean estrictamente necesarias. Adicionalmente, las intervenciones deben ser lo más menos gravosas posibles y con la menor duración indispensable .

Consideración especial a las necesidades particulares de niños, niñas y adolescentes, así como de discapacitados; apoyos necesarios¹¹⁷:

Es muy común en la práctica procesal que haya que efectuar pequeños ajustes al procedimiento para facilitar el testimonio o la intervención de esta clase de testigos. Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. La obligación ética del abogado en estos supuestos es ser cooperador y propositivo, facilitando al máximo la intervención, incluyendo la propia. Esa facilitación debe darse sin perjuicio a la reducción de participaciones que se mencionaba en el párrafo anterior.

117 En lo que respecta a Niños, Niñas y Adolescentes:

- ONU, Convención de los derechos del niño, artículos:12;13;17.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas ,Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delito, artículos: 8, d); 21. o ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafos: 53; 54.
- ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No.12,El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009, párrafos: 20; 21; 28; y 45.

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos: 196; 198; 200
- Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafos: 230
- ONU, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, principios: 6, b).
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, regla: 75
- En lo que respecta a *Discapacidad*, revise la Convención de los Derechos de los Discapacitados, en su Artículo 1

Derecho a la propia opinión¹¹⁸: Los testigos vulnerables tienen siempre derecho a expresar sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia. Tanto los niños, niñas y adolescentes como aquellos con capacidades disminuidas, tienen en común que antes de intervenir o de negarse a participar en el sistema de justicia, deben ser preguntados sobre su intervención. Sin embargo, hay una serie de malas prácticas contrarias a la ética en este tipo de asuntos:

El uso de argumentos contrarios a su capacidad: Negar la capacidad de intervención debido a cualquier motivo, tal como la ausencia de algún complemento de capacidad como una tutela o a su falta de comprensión. No solo es contrario a derecho, sino a la más fundamental ética.

Uso torticero de la intervención mínima: Es cierto que, para evitar la revictimización y otra serie de consecuencias negativas implícitas en el sistema de justicia, los tratados y normatividad en la materia persiguen garantizar la intervención mínima por parte de los testigos vulnerables. Sin embargo, cada testigo es diferente e incluso, en muchos casos, estos testigos víctima tienen el interés y preferencia de intervenir directamente y ser escuchados. Evitar esto mediante un uso doloso y tramposo de la mínima intervención, es contrario a la ética del abogado y una negación de la humanidad del vulnerable.

118 En lo que respecta a *Niños, Niñas y Adolescentes*:

- ONU, Convención de los derechos del niño, artículos: 12; 13; 17.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delito, artículos: 8, d); 21. o ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párrafos: 53; 54.
- ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, 20 de julio de 2009, párrafos: 20; 21; 28; y 45.

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos: 196; 198; 200
- Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párrafos: 230
- ONU, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, principios: 6, b).
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, regla: 75

TRATAMIENTO POSTERIOR DE LAS AUDIENCIAS

El proceso de representación no termina con el final de la audiencia donde el abogado ha intervenido. Las audiencias generan una gran cantidad de información que queda bajo resguardo y custodia de los abogados. Por un lado, el registro de la propia audiencia, tal como audios, videos o transcripciones, así como todo el material de apoyo que se haya empleado, debe de ser custodiado y almacenado con diligencia para todo lo que sea necesario en momentos posteriores, aspecto que no está manejado en las leyes procesales. Solo de esta manera, podremos continuar con el traspaso de la documentación cuando sea necesario a otros abogados y abogadas.

Manejo de la información

Para poder cumplir con muchas de las obligaciones posteriores, es necesario el tener una serie de mecanismos que garantizaran una mínima diligencia por parte del abogado litigante. Estos mecanismos no son por sí mismos obligaciones éticas, pero habilitan la posibilidad de cumplir con otras, tales como la entrega o custodia de documentación. No tenerlos hace imposible el poder cumplir de manera efectiva esas obligaciones.

Comunicaciones y almacenamiento seguros

Desde la aceptación del caso, y en cumplimiento del deber de secreto, además de la legislación de Protección de Datos de Carácter Personal, el abogado litigante debe de tener en cuenta que es un garante de la protección de toda la información que se ha puesto a su disposición. Cuando hablamos de asuntos en materia penal, debemos tener en cuenta que nuestro adversario puede ser el estado. Y que el estado tiene a su disposición medios para poder obtener la información de manera legal o incluso, en ocasiones de manera ilegal. Y que además es posible que esa información pueda ser del interés de terceros o de organizaciones gubernamentales de otros países para los cuales no aplica la legalidad vigente.

En demasiadas ocasiones se transmite la información de los asuntos a “la nube” o a través de plataformas de terceros pensando que esta

es completamente segura y cómoda, sin pensar que realmente estamos haciendo una transferencia de datos no necesariamente autorizada por el cliente. Estas carencias en la custodia y transmisión de la información han acabado en filtraciones que han acabado no solo con el prestigio de grandes firmas de abogados, sino sobre todo con el de los clientes. La puesta en riesgo por no seguir unos mínimos operacionales es una grave falta de ética del abogado por falta de diligencia en la custodia del secreto profesional.

Sin perjuicio de la conveniencia de seguir estándares internacionales más desarrollados, una mínima diligencia del abogado nos llevaría a cumplir con los siguientes requisitos.

- **Cifrado de información:** La información que se almacene en nuestros dispositivos, debe estar mínimamente cifrada, de tal forma que solo sea legible por la persona que tenga la clave para descifrarla.
- **Cifrado de comunicaciones:** Las comunicaciones que emplean internet como canal son interceptables de manera general. Para que sea garantizado que estas comunicaciones solo pueden ser legibles por el emisor y por el receptor, deberemos emplear algún sistema que también cifre las comunicaciones y que solo puedan ser descifradas por el receptor al que iban destinadas.
- **Copias de seguridad:** Las comunicaciones y documentación de los casos que el abogado representa son comúnmente almacenadas de manera digital. Por lo tanto, la información está sujeta a la posibilidad de que los dispositivos fallen y se estropeen, con la pérdida de información que conlleva. Si bien, existen servicios forenses que nos permitirían tener buenas posibilidades de éxito en la recuperación de esa información, es más económico y diligente el contar con copias de seguridad, también cifradas en los términos mencionados en el punto anterior. Es recomendable aplicar algún sistema que permite que estas se efectúen automáticamente, sin que deba ser necesaria intervención alguna por parte del usuario.

Aseguramiento de documentación

En la labor del abogado litigante, se sigue empleando una gran cantidad de documentación que es almacenada también en soportes físicos, tales como papel, discos compactos u otros. Es también común que esa documentación sea compartida y almacenada por más de una persona que trabaje en conjunto con el abogado principal, por lo que hay una serie de mínimas medidas que deban de tomarse, sin perjuicio de nuevo de la conveniencia de cumplir con estándares más desarrollados:

- **Cadena de Custodia:** Los documentos referentes al caso deben de contar con algún sistema, sea físico o electrónico, que permita conocer quien está en posesión o conocimiento de los documentos en un momento concreto en el tiempo. Este mecanismo debe garantizar la trazabilidad para evitar pérdidas indeseadas. En caso de que sean documentos únicos, el uso de marcas de agua o algún sistema similar de marcado podría apoyar a identificar posibles filtraciones no deseadas.
- **Almacenamiento y control de acceso:** Los documentos que se emplean para la práctica jurisdiccional no deben asentarse encima del escritorio sin cuidado alguno, sino en algún lugar que evite que cualquiera pueda acceder a ellos sin restricción. Además de la mínima seguridad que estos ameritan debido a la naturaleza de los asuntos que potencialmente se puedan manejar, se tendrá un mejor cumplimiento de la legislación de Protección de Datos y una mayor tranquilidad ante posibles accidentes,
- **Destrucción de documentos:** Una mínima medida de seguridad que se debe emplear para los documentos que no vayamos a almacenar es la destrucción. Existen soluciones en el mercado sencillas y accesibles de trituración o de quema que evitarán el mal uso de la información contenida en los mismos por parte de posibles adversarios.

Relación con abogados posteriores

La custodia de los documentos y registros es importante no solo para el uso que hagamos de los mismos durante todo el proceso penal,

sino también para poder cumplir con nuestras obligaciones como custodios de la información del cliente, no solo para entregársela a él, sino a cualquier otro abogado o profesional que lo requiera.

Hay ciertos aspectos que hay que tener en cuenta cuando hablemos de remitir la información desde una perspectiva ética:

- **Venia o aviso:** Es un practica de mínima diligencia, regulada por muchos códigos y legislaciones, el que el nuevo abogado debe de pedir venia al abogado que representaba con anterioridad al cliente. Por Venia actualmente se entiende no una solicitud de permiso, sino únicamente un aviso al abogado anterior que no implica limitación alguna y que es una mínima cortesía entre profesionistas y de ahí, actualmente, se considera como una necesidad ética. En tiempos anteriores, la venia se consideraba como un permiso obligatorio que había que solicitar , con el fundamento no necesariamente ético de que el compañero anterior tenía que minutar sus honorarios al momento de recibir la venia
- **Traslado o puesta a disposición de la documentación:** El abogado que reciba la solicitud de otro compañero donde se le avisa de este cambio, debe de poner a disposición del nuevo representante toda la documentación que sea necesaria para el caso, así como cualquier información que pueda ser relevante. Esta obligación no cesa con la mera entrega , sino que persiste en el tiempo con cualquier información que no haya sido entregada en ese momento.
- **No retención de los registros:** La retención de documentos es la conducta que sigue el abogado ante el cliente cuando éste le adeuda todos o parte de sus honorarios, y como medida de garantía del cobro de estos, retiene o retrasa la entrega de los documentos, condicionando dicha entrega al efectivo pago. Si bien de manera general, esta conducta se ha ido proscribiendo de la mayor parte de los sistemas deontológicos y se considera una práctica contraria a la ética del abogado, hay que distinguir entre tres tipos de documentos y registros; los documentos entregados por el cliente,

los que el abogado obtuvo para el mejor desarrollo y defensa del asunto y los que elaboró a través de la aplicación de sus conocimientos técnicos. Como guía principal, todo documento que haya sido empleado o entregado dentro de un proceso ya judicializado deberá entregarse al cliente o al nuevo abogado, lo cual podría llegar a excluir a los documentos elaborados y no presentados. Cualquier otra retención de documentación o información es una grave falta ética que perjudica la representación del cliente por vías no adecuadas, y perjudicando a los compañeros de profesión.

Comportamiento ante instancias posteriores

La representación del abogado frente a los clientes no tiene una fecha de terminación tan clara como pudiera parecer a primera vista. La naturaleza dinámica del proceso penal y por otro, la existencia de múltiples formas de terminación de los sistemas acusatorios y, la existencia de medios de impugnación en distintos ordenes hacen que la previsibilidad de finalización no sea sencilla.

¿Hasta cuándo dura la representación?

La ley procesal penal no regula cual es la duración en el tiempo de la representación del cliente. Este aspecto es normalmente regulado por la normativa de contratos, puesto que la relación entre el abogado-cliente, aunque especial, no deja de ser un contrato de prestación de servicios con unos términos y una duración. Sin embargo, desde una perspectiva ética esta duración tiene extrema importancia puesto que va a impactar directamente en las obligaciones del abogado hacia su representado. Esto también impactará de manera indirecta en los honorarios del abogado como se mencionó en capítulos anteriores. Se pueden observar esquemas habituales de duración:

- *Por acto procesal:* El abogado representa al cliente en actos concretos, tales como audiencias concretas o eventos determinados. Por ejemplo, la representación ante una audiencia preliminar e intermedia, o solo en el juicio. Normalmente esta forma es contraria a la ética puesto que lastra las posibilidades

de representación al obligar al abogado de manera indirecta a cambiar u adoptar una teoría del caso con la que no esté conforme. Si bien es posible que no esté prohibido, es sin duda una mala práctica que debe evitarse en todo momento, entendiendo que en todo caso debe existir una representación para el cliente.

- *Por Instancia:* Por este criterio, la representación debe de incluir la instancia completa, independientemente de la forma de terminación, sea esta un juicio oral o la aprobación de un Mecanismo Alternativo de Solución de Controversias. Al encargarse de un caso, el emplear mínimamente la instancia completa permite al abogado mantener un catálogo de herramientas procesales mucho más amplio que permitirá la planeación de una mejor representación.
- *Criterio de representación continua:* La relación con el cliente no se finaliza con la sentencia. Después de la misma es probable que haya necesidad de dar seguimiento y representación en otra instancia o ante otros posibles medios de impugnación. Por tanto, éticamente puede ser una mejor practica en que existan incentivos para que la representación sea continua hasta que finalice verdaderamente la relación del representado con el sistema de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Cerda San Martín, Rodrigo. 2008. *La valoración de la prueba*. Sana Crítica, Chile: Librotécnica

Coloma, Rodrigo. 2019. *Abogados Fastidiosos, Jornadas de Ética Profesional del Abogado (2016-2018)*. Valencia: Tirant Lo Blanch

Duce Mauricio y Baytelman Andrés. 2004. *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. 2015. *Guía práctica 2015. Deontología, derechos, deberes y régimen de responsabilidad del Abogado*. Madrid: Ilustre Colegios de Abogados de Madrid

Moreno Holman, Leonardo. 2014. *Teoría del Caso*. Argentina: Ediciones Didot.

Tafur López de Lemus, Joaquín. ¿Es posible aconsejar en el ejercicio de la abogacía la práctica del «consentimiento informado al cliente»? *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, septiembre 2017

Vial Campos, Pelayo. 2006. *Técnicas y fundamentos del contraexamen en el proceso penal chileno*. Chile: Librotécnica.

CAPÍTULO 4

ACTUACIÓN DE LA JUDICATURA¹¹⁹

LA DEONTOLOGÍA APLICABLE EN LA ACTUACIÓN JUDICIAL

Aspectos introductorios

La entrada en vigencia del nuevo modelo de juzgamiento introduce el principio acusatorio, verificable en la separación entre juez¹²⁰, acusación y defensa, estos dos últimos como adversarios y el primero en calidad de *super parte*. En cabeza del Ministerio Fiscal se radican las funciones de investigación y acusación, sin que en ellas tenga injerencia el Juez o jueza, a quien corresponde la titularidad de la función de juzgamiento.

La separación de Juez o jueza y la acusación constituye el más importante de los elementos configurativos del proceso acusatorio, y alude no solo a la diferenciación entre el sujeto que desarrolla la labor de enjuiciamiento y aquel que tiene atribuida la función de postulación, sino a la ajenedad del funcionario respecto a los intereses y las partes contrapuestas en el proceso¹²¹.

Lo anterior se logra a través de un procedimiento que cierne sus bases en la oralidad e intermediación, cuyo cumplimiento garantizará los

119 **María Helena Luna Hernández**, Abogada de la Universidad de Medellín. Magíster y especialista en derecho penal de la Universidad Eafit. Actualmente Juez Penal del Circuito de La Ceja-Antioquia. Con experiencia como Juez Penal del Circuito, Juez Penal Municipal, Juez Penal con función de control de garantías –incluyendo los designados exclusivamente a los casos que investigan los miembros de las bandas criminales-. Así mismo, con experiencia como empleada de la Rama Judicial del Poder Público, desempeñando el último cargo como auxiliar de magistrado en la Sala Penal el Tribunal Superior de Antioquia. Docente de posgrado en las facultades de derecho de la Universidad del Rosario (Bogotá), Universidad Santo Tomás (Bogotá), Universidad Católica (Bogotá), Universidad Luis Amigó (Medellín) y Universidad de Nariño (Pasto). Docente de la Escuela Judicial de México. Columnista especializada en temas jurídicos en el periódico *Ámbito Jurídico*, conferencista nacional e internacional en temas de derecho procesal penal, política criminal y derechos humanos de las mujeres.

120 Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, (Madrid: Estudios Políticos, 1995), 747

121 Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 567

principios de defensa y contradicción en un plano de alteridad respecto del Juez como tercero imparcial. En todo caso, este modelo de juzgamiento también deberá concretar presupuestos de igualdad material y no discriminación, el real acceso a la administración de justicia y el equilibrio en las oportunidades procesales de partes e intervinientes de la contienda adversativa.

La separación de las etapas - investigación, acusación y juzgamiento- en el sistema penal acusatorio delimitará la función jurisdiccional de jueces y juezas penales, a quienes se les encomienda el control de las garantías legales y constitucionales, así como el juzgamiento mediante el debido proceso penal. La primera etapa demanda jueces penales más activos en la protección de las garantías y libertades individuales, por lo que su control versará sobre actos de investigación surtidos por las partes o intervinientes en la contienda adversarial. El resto de las etapas, por su parte, implican jueces penales que aseguren las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso, pues ante estos se surten los actos de prueba, y a la postre decidirán sobre la conformación del acervo probatorio, así como los hechos y la responsabilidad del procesado.

Ese control ejercido por jueces y juezas penales sobre los actos que requieran ejercicio jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o materialización de estos, demarca a su vez los deberes legales y el estándar ético de las actuaciones de funcionarios y funcionarias judiciales.

Antes de concretar distinciones y efectos prácticos del rol de la judicatura en las distintas etapas procesales, conviene resaltar algunas de sus principales características compartidas y los deberes derivados de estas, previendo como marco normativo un sistema de corte adversarial y la pretensión de un Estado Social y Democrático de Derecho.

De los jueces y las juezas en un Estado Constitucional se demandan atributos elementales, como la independencia e imparcialidad para la efectiva y legítima administración de justicia¹²². La primera atañe a la

122 En consonancia con normas supranacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al tratar las “Garantías Judiciales” en el artículo 8º, señala que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías, y dentro de una plazo razonable, por un **juez o tribunal competente, independiente e imparcial...**”, garantía que también es dispuesta en el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el 10 de la Carta Internacional de Derechos Humanos.

individualidad propia de cada juez y la autonomía con la que resuelve cada caso sometido a su jurisdicción, sin distinción de jerarquía al interior del poder público judicial, ni frente al resto de poderes o funcionarios externos. La imparcialidad, por su parte, implica la objetividad del juez al momento de fundamentar las decisiones. La imparcialidad no es inacción, y ésta se predica en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, al demandar de los jueces su decisión orientada a establecer con objetividad la verdad y la justicia¹²³.

La imparcialidad e independencia configuran la diligencia judicial¹²⁴, que a su vez incluye deberes de celeridad y plazo razonable para resolver las causas puestas a conocimiento del despacho judicial, prevención del abuso del derecho, equilibrio de cargas e intervención judicial para asegurar garantías tanto de procesados como de víctimas.

Este capítulo pretende acercar situaciones problemáticas con variables éticas del ejercicio práctico en la litigación penal en sistemas acusatorios, enfocando las actuaciones de la judicatura y el relacionamiento de los sujetos procesales ante la misma. Para ello, se plantearán diversas hipótesis fácticas cotidianas en las audiencias penales más relevantes, observando tensiones propias de la proactividad y límites de la intervención judicial, en contraste con los intereses de partes e intervinientes en la relación procesal.

Posteriormente se abordarán algunos escenarios que exceden las audiencias, propios del contacto del juez con las partes del proceso penal fuera de los actos procesales, que también impactan en el buen devenir del proceso penal acusatorio.

Luego, el capítulo volverá a centrarse en aspectos característicos de las diligencias orales, esta vez para problematizar sobre la delimitación de la publicidad de audiencias cuando se advierte necesario, y su carácter reservado ayuda a los fines de un proceso penal respetuoso de las garantías de todos los involucrados.

Una vez abordado dicho marco general de las diligencias penales, se plantearán específicos escenarios de posible afectación a la imparcialidad y

123 Jacobo López Barja Quiroga, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (España: Thomson Aranzadi, 2004), 357.

124 Oficina de las Naciones Unidas Contra el Droga y el Delito, UNODC. *Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial* (Nueva York: Naciones Unidas, 2019), 118.

la igualdad de oportunidades para acceder realmente a la administración de justicia. Lo anterior, como consecuencia de la normalización de los sesgos de género, el lenguaje discriminatorio, las preconcepciones que impiden un ejercicio ético y objetivo de las funciones de cada actor en el sistema.

Se pretende que, a partir de estas reflexiones, el lector entienda el impacto de la perspectiva de género, incluso en la fijación de los hechos jurídicamente relevantes y en la práctica probatoria, por lo que su aplicación se traduce en una sustancial mejora del sistema de justicia y del servicio brindado a la ciudadanía.

Más adelante, se esbozarán algunas conductas de las partes ante los tribunales, las cuales contravienen los deberes éticos que se espera de su ejercicio profesional, delimitando algunas situaciones de abuso del derecho y obstrucción al adecuado acontecer procesal, en complemento con múltiples supuestos fácticos previstos en el resto de los capítulos de la obra.

Finalmente, se dedica un espacio a nuevos contextos que se generan a partir del uso de redes sociales y sus límites éticos en un proceso judicial, tema que por supuesto no pretende agotarse ni resolverse de tajo, pues los retos derivados del auge digital y el relacionamiento a través de redes virtuales, requieren apertura y diálogo en la construcción de consensos y buenas prácticas en la participación jueces y partes en todo tipo de redes sociales, así como en el uso institucional e individual de las redes sociales por parte de jueces y tribunales, su relacionamiento con la ciudadanía y los límites de expresión.

En consecuencia, los insumos aportados a lo largo del capítulo parten de la necesidad de elevar los estándares éticos en la litigación oral en los procesos penales de carácter acusatorio, enfatizando en la actuación de la judicatura. Sobre la proactividad del juez y la identificación de variables éticas dependiendo la tipología de audiencia, se iniciará el hilo conductor propuesto.

PROACTIVIDAD DEL JUEZ DE GARANTÍAS Y TRIBUNAL ORAL

La prohibición de iniciativa o facultad probatoria del juez en el sistema penal acusatorio responde a los límites impuestos por la imparcialidad exigida, por lo que, tampoco en la etapa de juicio al juzgador le es posible el impulso oficioso en la producción y práctica probatoria¹²⁵.

Ahora, pese a dicha pasividad probatoria del juez en el sistema penal acusatorio, otro tipo de intervención ocurre con la proactividad o el activo direccionamiento de audiencia en fase de investigación, margen de movilidad distinto al que ocurre en el resto de las fases. Algunos deberes judiciales en cada una de las etapas procesales son los siguientes:

Etapa de control de garantías/Investigación

(Audiencias propias de legalidad de la detención, medidas cautelares, entre otras)

- El juez de la etapa investigativa deberá auscultar cuando surjan dudas sobre los pormenores de los procedimientos empleados para restringir garantías fundamentales. Por ejemplo, en caso de existir incertidumbre sobre las circunstancias de la captura en flagrancia, una forma de resolverlas sería con la declaración de los policiales a cargo de dicho procedimiento. En igual sentido correspondería, cuando el informe sobre determinado procedimiento investigativo no sea consecuente con el dicho del procesado sobre el respeto al debido proceso, la ausencia de tortura, entre otras posibilidades.
- Debe propender por la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial, lo que puede implicar consultas específicas de oficio o de antecedentes no considerados inicialmente en

125

Algunas legislaciones han consagrado situaciones excepcionales en las que el juez podría decretar pruebas de oficio (considerándoseles como rezagos de modelos inquisitivos), tal y como se advierte en el artículo 388 de Ley 23984 de 1991 en Argentina, que dispone “si en el curso del debate se tuviera conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren indispensables otros ya conocidos, el tribunal podrá ordenar, aún de oficio, la recepción de ellos”. En todo caso, pese a la iniciativa probatoria que extiende dicha norma al juzgador, su redacción sugiere un límite ajustado en la prueba de oficio ordenada por el tribunal, solo en el evento de faltar una prueba evidentemente vital como producto de la contradicción ocurrida en el debate, no así de medios de pruebas apenas conocidos, o cuya incorporación se acaba de plantear, o su conocimiento surge de averiguaciones extrajudiciales de alguna parte.

la audiencia. Por ejemplo, en caso de dudas por parte del juez sobre la obtención de una declaración sin apremio ni coacción, deberá preguntarle directamente al procesado o las autoridades encargadas de dicho procedimiento.

- El juez de garantías debe asegurarse que el procesado se haya entrevistado con su defensor o, en otras palabras, que exista una real comunicación privada con su abogado antes de la audiencia. En igual sentido, esta manifestación del derecho de defensa debe garantizarse en audiencias virtuales, asegurando la bidireccionalidad del sistema de comunicaciones y las condiciones del acceso a internet del procesado.
- El juez debe verificar si el procesado requiere ser asistido por intérprete o en su defecto por traductor. Uno de los requisitos de validez de la actuación cuando se trata de una persona que no se puede dar a entender o que no conoce el idioma es la presencia de intérprete o traductor; de no hacerlo no podrá llevarse a cabo la diligencia, pese a las consecuencias procesales que esto pueda acarrear, por ejemplo, vencimiento de los términos y libertades correspondientes a la etapa procesal.
- El juez de garantías deberá restar las posibilidades de doble victimización. Hay actividades investigativas que no recaen sobre el victimario sino sobre la víctima, por ejemplo, en caso de ser sujeto pasivo de lesiones o agresiones sexuales. No podría obligarse a la víctima para ser sometida a la práctica de diligencias como la obtención de muestras, o todas aquellas que dispongan de la utilización del cuerpo humano como evidencia probatoria. Por ello, el funcionario judicial deberá auscultar la validez del consentimiento dado por la víctima del delito, obteniendo claridad sobre su autorización; a quien se le deberá comunicar la importancia que reviste el tipo de diligencia y los riesgos que su no realización puede llevar para el esclarecimiento de los hechos investigados (sin ejercer presión indebida o coacción para lograr su voluntad).

*De la Acusación*¹²⁶

- El derecho de conocer los cargos endilgados por la fiscalía implica que el juez deba advertir un elemental entendimiento del procesado sobre los hechos, que deben ser expresados por la fiscalía en lenguaje claro, simple y comprensible, con una relación suficiente de los hechos jurídicamente relevantes.

Los hechos, a modo figurativo, son la materia prima del proceso penal, por lo que el real ejercicio defensivo se satisface a partir de la adecuada fijación de la hipótesis acusatoria, y de su comunicación al procesado.

Audiencias de postulación probatoria y juicio

- No debe el juez o tribunal sugerir la postulación de algún medio de prueba a las partes, pues esto implica una intromisión a los intereses que serán objeto de su decisión, por lo que una predisposición o actitud por parte del juez que esté orientada a asistir o deliberar sobre un acto de parte, es contrario a la distancia exigida con las partes procesales y el debate probatorio.
- No debe el juez decretar pruebas de oficio. Ello, por cuanto soslaya la división de funciones de investigación y juzgamiento en el sistema penal acusatorio. Si bien, en estricto sentido podría no comprometer su imparcialidad en un caso, la apariencia de esta se vería dinamitada tanto por el acusado como por el resto de los sujetos procesales¹²⁷.

Juicio oral

El juez que adelanta el juicio oral no es un fedatario, pero su direccionamiento de la audiencia debe evitar interferencias excesivas, por

126 Resulta necesario integrar el marco convencional al estándar que debe exigirse para la fijación de los hechos jurídicamente relevantes en la acusación, y a partir de ahí, establecer el control judicial de los mismos. Sobre la obligación de una acusación detallada, también se cuenta con precedentes de la CIDH, como el caso *Barreto Leiva vs Venezuela del año 2009*, de donde se debe extraer los estándares mínimos para la acusación, y lo detallada o circunstanciada que debe ser.

127 En igual sentido la precisión por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “De Cubber”, caso analizado –ente otros- por el tratadista argentino Eduardo M. Jauchen, para reiterar la prohibición de decreto probatorio de oficio por parte del juez en el sistema acusatorio. Véase: Eduardo M. Jauchen, *Derechos del Imputado*, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2005), 219

ejemplo, al momento de la práctica probatoria. Si bien están facultados para propender por las respuestas claras de los testigos, la conducción de los testimonios es una labor principal de las partes en el desarrollo de su teoría del caso¹²⁸.

- El juez deberá resolver atenta e inmediatamente las objeciones propuestas las partes en el desarrollo del interrogatorio cruzado, limitando las explicaciones de estas. Las partes se referirán concretamente al motivo que sustenta la objeción alegada, y el juez no deberá entrar en discusión o deliberación sobre la decisión que resuelva la objeción.
- El juez debe intervenir en caso de requerirse claridad y precisión en la respuesta de los testigos, cuando sea evidente que los mismos no han respondido a lo preguntado por la parte, se extiendan prolongadamente en aspectos no pedidos, o sea inentendible su declaración.

Preguntas aclaratorias o complementarias

Algunas legislaciones facultan al juez para preguntar, una vez agotados los interrogatorios de las partes. Dicha facultad debe orientarse a complementar o perfeccionar aspectos del núcleo fáctico ya introducido por las partes en el interrogatorio cruzado, para el cabal entendimiento del caso.

- El juez no debe introducir nuevos hechos o base fáctica al realizar preguntas aclaratorias, pues ello excedería la posibilidad dada para complementar lo ya construido por las partes¹²⁹
- Las preguntas complementarias del juez deben respetar los principios rectores y garantías procesales, a la vez que deben cumplir los requisitos probatorios previstos (deben ser pertinentes, admisibles, claras).

128 Eduardo M. Jauchen, *Tratado de la prueba en materia penal*, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2004), 304.

129 Esto se encuentra en armonía con los derechos, libertades y garantías sustanciales del procesado (arts. 28, 29, 30 C.P., arts. 7° a 10° de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 14 y 15 del PIDCP).

- El juez debe propender por un interrogatorio leal y completo, evitando confundir al testigo o retrotraerlo a preguntas que ya habían sido claramente respondidas por éste a las partes.

Trato a las partes y la imparcialidad

El contacto del juez con las partes del proceso penal fuera de los actos procesales

- Se recomienda evitar encuentros o comunicaciones privadas con alguno de los sujetos procesales. En caso excepcional que se observe prudente escuchar a alguna de las partes, la contraparte deberá estar presente o tener conocimiento de dicho encuentro.
- No se recomienda la asistencia a eventos o celebración de festividades organizadas por alguna de las partes. En caso de encuentros cuya logística sea la colegiatura a la que pertenezca alguno de los sujetos procesales, la finalidad de la reunión o del espacio a compartir no debería exceder asuntos académicos o interacciones al margen de un ambiente de estrecha confianza o intimidad.

CONDUCTA PROFESIONAL A LO LARGO DEL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Publicidad de las audiencias penales en el sistema adversarial

En el sistema acusatorio la prueba se practica en juicio oral, público, concentrado, sometido a la intermediación del juez o jueza y las partes, y al derecho de contradicción. Por regla general, se predica el carácter público de las audiencias penales, con margen de excepción a los casos previstos en la ley, así como a eventos de tensión entre garantías de partes o intervinientes, casos en los que al funcionario judicial le corresponde una aplicación rigurosa del test de proporcionalidad.

*Delimitación de la publicidad*¹³⁰

Las audiencias de carácter reservado en el proceso penal encuentran fundamento en el perjuicio o las consecuencias que podrían derivarse del libre acceso de su contenido, como la afectación al interés general, o aquellas que realizan los jueces en etapa de investigación

sobre allanamientos, registros, interceptaciones de comunicaciones; o las concernientes a las autorizaciones para la inspección corporal u obtención de muestras que involucren a la persona procesada, o procedimientos en caso de víctimas de agresiones sexuales.

En todo caso, al limitarse el acceso de información, debe interpretarse de forma restrictiva los eventos que justifiquen la reserva de esta, aunada la carga argumentativa del funcionario judicial que así lo disponga. Frente a este aspecto, la judicatura tendrá en cuenta los siguientes aspectos:

- El juez o tribunal deberá recurrir al test de proporcionalidad o al método de razonamiento judicial que le permita resolver un caso de colisión entre derechos fundamentales o principios, por ejemplo, si existiera tensión entre publicidad y derecho a la información de los medios de comunicación, y se decidiera por limitar la primera, debe verificarse que la afectación o restricción al principio de publicidad, sea lo menos lesiva para el derecho a la libertad de información.

130 Atendiendo la regla general de la publicidad en la actuación procesal, el *Código de Procedimiento Penal* colombiano consagra las siguientes excepciones que justifican la limitación de algunas diligencias:

ARTÍCULO 18. PUBLICIDAD. *La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la investigación.*

ARTÍCULO 150. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD NACIONAL O MORAL PÚBLICA. *Cuando el orden público o la seguridad nacional se vean amenazados por la publicidad de un proceso en particular, o se comprometa la preservación de la moral pública, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer una o varias de las siguientes medidas...*

ARTÍCULO 151. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE SEGURIDAD O RESPETO A LAS VÍCTIMAS MENORES DE EDAD. *En caso de que fuere llamada a declarar una víctima menor de edad, el juez podrá limitar total o parcialmente el acceso al público o a la prensa.*

- Además de los motivos previstos en la ley para limitar la publicidad de una diligencia, el juez podría tomar determinaciones para restringir el medio de informar a la audiencia (por ejemplo, ordenar que en un caso concreto se prohíban las grabaciones o reproducción fotográficas, pero el medio de comunicación pueda cumplir su derecho y deber de informar a través de otras alternativas, que permitan el conocimiento pleno de lo decidido en la diligencia que se ha limitado su publicidad).

Este tema pone de presente grandes pilares de un estado democrático, como el derecho y deber de comunicar a la ciudadanía sobre los hechos investigados, así como la publicidad en la administración de justicia, y la responsabilidad de jueces y periodistas en estas circunstancias. Los primeros, porque tienen la carga de fundamentar en debida forma las limitaciones a derechos fundamentales, los segundos, por cuanto su función implica un deber legal y ético en la obtención de la información, la veracidad de esta y su objetividad al momento de transmitirla.

-Audiencias reservadas. Deber del juez para velar por las garantías de partes de partes e intervinientes.

Las funciones del juez en el proceso penal implican ponderar los derechos en conflicto y buscar el equilibrio de las partes en la actuación penal, favoreciendo a su vez la eficacia de la investigación penal. Habrá casos en los que se deba limitar el derecho a la libertad de información, y otros en los que resulte necesario comunicar a la comunidad el estado del proceso.

- El juez deberá disponer el carácter reservado de las diligencias cuando existía riesgo para las víctimas y el resultado de la actividad investigativa. Por ejemplo, en el evento que la fiscalía de cuenta de la existencia de un riesgo para la vida de víctimas y

ARTÍCULO 152. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD POR MOTIVOS DE INTERÉS DE LA JUSTICIA. Cuando los intereses de la justicia se vean perjudicados o amenazados por la publicidad del juicio, en especial cuando la imparcialidad del juez pueda afectarse, el juez, mediante auto motivado, podrá imponer a los presentes el deber de guardar reserva sobre lo que ven, oyen o perciben, o limitar total o parcial el acceso del público o de la prensa.

ARTÍCULO 152A. <Artículo adicionado por el artículo 67 de la Ley 1453 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> En aras de garantizar la vida e integridad personal de los testigos, el juez o tribunal podrá decretar la prohibición de que sean fotografiados, o se capte su imagen a través de cualquier otro medio.

de la investigación, porque no ha culminado la labor de recolección de elementos materiales probatorios que se encontraban, principalmente, en el centro de reclusión cuyo director estaba implicado. En definitiva, el Juez debe ofrecer una justificación constitucionalmente admisible para dicha limitación. Dado que existe un conflicto de derechos constitucionales, por un lado, supóngase, la *libertad de información* de los periodistas accionantes y, por el otro, la *vida e integridad personal* de las posibles víctimas del delito, se debe acudir al ejercicio de ponderación entre derechos en colisión, para determinar cuál debe prevalecer en el caso concreto.

Por su parte, la fiscalía debe adoptar las medidas idóneas que permitan superar la limitación del derecho a la libertad de información en el caso concreto, que a la vez resulta necesario para comunicar a la comunidad del estado del proceso, en otras palabras, la restricción de este derecho no puede ser de forma indefinida.

Los sesgos de género como forma de afectación a la imparcialidad

*Igualdad de oportunidades*¹³¹

- Garantizar el balance procesal entre partes e intervinientes en el sistema penal acusatorio puede implicar un juez o jueza activa en dicha consecución, lo que de ningún modo deviene en pérdida de imparcialidad. Por ejemplo, eventos de sesgos, falta de defensa técnica, asimetrías; deben ser advertidos por el propio juzgador/a en su función, quien tendría el deber ético de actuar.

Algunos escenarios:

- El juez o jueza observa capacidad disminuida de la persona defendida/ incompreensión del contexto de esta por parte de su abogado o abogada, o incapacidad comunicativa de alguno

131 Sobre el papel activo del juez al momento de garantizar la igualdad de trato de oportunidades, véase Oficina de las Naciones Unidas Contra el Droga y el Delito, UNODC, *Los Principios De Bangalore Sobre La Conducta Judicial* (Nueva York: Naciones Unidas, 2019), Valor 5: Igualdad. Garantizar la igualdad de tratamiento de todos ante un tribunal es esencial para desempeñar debidamente las funciones jurisdiccionales.

materializar un real ejercicio defensivo. En dichos escenarios, el juez o la jueza deberá auscultar por la situación de la persona, requiriendo al abogado por los pormenores. De considerarlo necesario, la diligencia podría suspenderse para garantizar una presentación judicial idónea en dichas circunstancias.

Al surtir de manera oral y pública el proceso penal, los jueces perciben de manera directa las situaciones más evidenciables sobre las partes e intervinientes, lo que exige una respuesta de estos, en su calidad de directores de la audiencia. Por ejemplo, con relación a la aplicación de la perspectiva de género por parte de funcionarios judiciales, esto ocurre cuando advierten relaciones desiguales de poder que afecta el acceso a la justicia en igualdad de condiciones de algún sujeto, para lo cual debe propender por el equilibrio sustancial de su intervención (sea en calidad de víctima o acusada).

Debe recordarse que la perspectiva crítica o enfoque de género debe ser aplicada desde la investigación de los hechos y a lo largo del proceso penal, por lo que muchas veces se plasma en decisiones interlocutorias que garantizan el acceso de las mujeres a la justicia en condiciones de igualdad.

Fijación de los hechos jurídicamente relevantes por parte del Ministerio Público

Los hechos y la adecuada tipificación de la conducta comportan derechos tanto para acusados como para víctimas; bajo tal entendimiento, se debe materializar el control judicial, pues las garantías de ambos no puedan solaparse. Mientras para el acusado una deficiente construcción de estos hechos puede derivar en detrimento a su derecho de defensa y contradicción, para la víctima podría vulnerar el derecho a la verdad, el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, e incluso condicionar su reparación.

Dicha búsqueda de racionalidad en la hipótesis fáctica que sustenta el proceso penal encuentra desarrollo en la perspectiva de género, pues esta herramienta tiene su principal función en la heurística, especialmente en la etapa de investigación, en tanto que permite formular hipótesis adecuadas sobre los hechos de la causa.

Lenguaje sexista

El lenguaje tiene trascendencia e impacta en la construcción de los hechos, así como en los derechos de las víctimas, especialmente en torno a la verdad. También importa la forma en que se presente la narración de la víctima (por ejemplo, en el caso de una hipótesis factual que tergiversa, distorsiona, responsabiliza o pone en sospecha a la víctima).

La reproducción de hechos estereotipados afecta la objetividad de los funcionarios y funcionarias al investigar las conductas, así como al percibir e interpretar los hechos. Un ejemplo de esto es el entendimiento de *las pasiones*. Supóngase una hipótesis fáctica en que la Fiscalía refiera que se cometió un “crimen pasional”¹³². La diferencia entre creer que se está ante una pasión o ante un hecho discriminatorio oscila entre un hecho propio de homicidio atenuado por ira o intenso dolor a un feminicidio. Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos, lo que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes y la falta de debida diligencia para investigar.

Hay términos que modifican, tergiversan, restan claridad o quitan sentido a la hipótesis fáctica, por lo que afecta esa construcción de hechos o conducta jurídicamente relevante, o comunica algo ambivalente, por lo que la fiscalía deberá ser especialmente cuidadosa en la construcción de su hipótesis acusatoria, y en caso de ser necesario, el juez le requerirá en este sentido. En consecuencia:

- La fiscalía no deberá valerse de estereotipos de la norma social para construir su hipótesis fáctica acusatoria, ni incluir valoraciones en punto de tergiversar los presupuestos o estereotiparlos. Supónganse, por ejemplo, que en la construcción del hecho se señala que el niño o la niña ofrecía o negociaba servicios sexuales. Dichos términos contravienen el enfoque de derechos humanos, a su vez que la expresión “servicios

132 Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reiterado que el concepto “crimen pasional” es un estereotipo que justifica la violencia contra la mujer (*Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*). El calificativo ‘pasional’ justifica la conducta del agresor. La Corte señala esto como estereotipos de género incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que los Estados deben tomar medidas para erradicarlos.

sexuales” entraña contradicción, pues no se puede poner la integridad sexual al servicio de la persona que paga por ello, quien justamente la vulnera. O, piénsese que, en algún delito de explotación sexual, se refiera en la hipótesis fáctica a la víctima como una niña o niño ejerciendo la prostitución infantil o trabajo sexual infantil, en lugar de referir la explotación sexual de esa niña o niño.

En consecuencia, el lenguaje impacta y evidencia la falta de claridad o de conceptualización adecuada de fenómenos, lo que a veces conllevan términos en los que se responsabilizan a las víctimas de su propia explotación.

- Tanto los jueces como los fiscales deben propender por una narración y fijación de los hechos, ubicándose como observadores objetivos. Todo lo que la tergiverse debe corregirse.

Mujeres acusadas. Aplicación perspectiva de género desde los jueces, el ministerio fiscal y la defensa.

La perspectiva de género debe aplicarse no solo en los casos en que la mujer es víctima, sino en aquellos eventos en los cuales es investigada, acusada o condenada, más aún cuando existan elementos de juicio que den cuenta de un contexto de discriminación o violencia subyacente hacia la mujer¹³³.

- Tanto las partes como los funcionarios judiciales deben aplicar criterios orientadores para determinar si están ante un caso particularmente sensible a la aplicación de la perspectiva de género. Estos se condensan así: (i) cuando una de las personas en la disputa procesal es mujer y (ii) dependiendo de los *hechos y derechos* en disputa (lo que implica hacerse preguntas sobre la relación entre las partes, jerarquías, contextos de subordinación o dependencia, derechos sexuales y reproductivos en juego, entre otras).

133 Este deber internacional materializa la debida diligencia consagrada en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

El análisis contextual cuando las mujeres son procesadas implica una imputación y acusación debidamente circunstanciada, incluso, la posibilidad de salidas alternas a su judicialización. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una mujer acusada por agredir o matar a su pareja, como conducta defensiva a la agresión del hombre. Sin embargo, a raíz del incumplimiento de la debida diligencia, dichos datos contextuales se omiten, por lo que ni siquiera se considera la aplicación de una figura como la legítima defensa, o el reconocimiento de tal figura ante la duda razonable de su configuración.

- Las partes y jueces deben incorporar la perspectiva de género en la dogmática penal, entendida como método racional que permite comprender el sistema penal, cuyos datos agregados a las categorías de análisis están en constantes cambios. Por ejemplo, bajo una perspectiva crítica del principio de culpabilidad por el acto, podría determinarse que, en un caso concreto, la violencia machista tuvo la entidad de restringir la autonomía de la mujer, al tener fuerte impacto en la conducción del plan de vida, incidiendo en el ámbito de autodeterminación.

Dicho entendimiento impactará desde la estrategia del defensor (quien, obrando con diligencia y ética, no podría sugerirle a su prohijada que acepte cargos), hasta la pretensión punitiva del Estado y la búsqueda de una terminación anticipada al proceso penal.

Manifestaciones/actitudes a evitar. Estereotipos, prejuicios, tratamiento discriminatorio

- El juez no debe tener predisposición frente a algún sujeto procesal o testigo. Esto puede quedar en evidencia en desarrollo de una audiencia, ante actitudes o comentarios que den cuenta de una percepción previa del juez hacia la persona (sea porque exprese molestia, o anticipe un juicio de valor sobre algún aspecto del sujeto).
- El juez debe evitar las conductas discriminatorias de las partes e intervinientes, y de ser el caso, intervenir, requiriendo a quien ha faltado el respeto, pese a no existir solicitud de la

contraparte en este sentido. Dichas conductas inapropiadas pueden consistir en tratos despectivos al momento de interrogar al testigo, gestos de burla o desprecio frente a las respuestas de quien declara, comentarios que mancillen su buen nombre, entre otros.

Lo anterior, pues pese a que, por regla general, el juez tiene un rol pasivo durante el interrogatorio cruzado, y su intervención principal es resolver las objeciones presentadas por las partes, el funcionario judicial continúa siendo el director del proceso y de las audiencias, lo que implica un control y direccionamiento del desarrollo de las diligencias con estándares éticos acorde a la profesión legal. Dependerá de la gravedad de la ofensa, la necesidad activa del juez; así como la amonestación o sanción a que hubiera lugar.

Práctica probatoria – Prueba testimonial

Uno de los derechos de la defensa es controvertir la prueba en el juicio¹³⁴, lo que implica la posibilidad a interrogar y contrainterrogar a testigos y peritos, así como a solicitar la comparecencia de estos.

Lo cierto es que, la práctica probatoria y la dirección de audiencia por parte del juez o jueza, varía en la medida que la víctima o quien declare en juicio, se encuentre en estado de desventaja para darse a entender, o por su vulnerabilidad y falta de recursos lingüísticos no cuente con suficiente claridad y riqueza argumentativa, lo que impacta en la comprensión del magistrado/a y las partes.

Para evitar o disminuir los problemas de aprehensión y comprensión del testimonio, las partes deben contribuir a un adecuado desarrollo del interrogatorio cruzado, y de llegar a ser necesario, el juez deberá intervenir para asegurar un adecuado desarrollo de dicha declaración. Ser conscientes de la importancia de las formas y las particularidades en la práctica de prueba testimonial, tendrá efectos que trascienden a la

134

Salvo los casos en que la ley autoriza la prueba anticipada, para practicarse antes el juicio oral a solicitud de parte ante juez en función de control de garantías, y por causas extraordinarias que tienen en riesgo la vigencia de la prueba para el juicio futuro.

adecuada apreciación o valoración de dicho testimonio, restando posibilidades de injusticia epistémica¹³⁵.

Se proponen algunas recomendaciones para contrarrestar sesgos, descréditos a priori del testigo a partir de prejuicios, o afectación a derechos de la víctima declarante:

Partes (Fiscalía o defensa)

- Las preguntas limitan la narración, pero dichos límites no deben fijarse a partir de generalizaciones de la experiencia o suposiciones. Por ejemplo, en caso de una víctima de delito sexual, su testimonio es único y debe entenderse en su contexto, no como “testimonio de las víctimas de delitos sexuales” del cual se espera satisfacer una serie de presupuestos y puede dificultar el interrogatorio.

En contextos de violencia machista o violencia de género, hay un marco a partir del cual son más posibles unas opciones que otras, pero dichas alternativas están para entender, no para limitar la comprensión o el alcance del testimonio de la víctima. En una violación, las circunstancias específicas se analizarán con sus particularidades, sin pretender que satisfagan un marco general de aspectos posibles, como la forma de resistir la violencia. Si el victimario quedó aporreado por los golpes de la víctima al defenderse, eso puede ser fácilmente aprehendido en el testimonio y evidencia, pero la falta de esos golpes o de defensa de la víctima, no se puede convertir una regla de la experiencia, que podría estar sesgada o tener un bajo umbral de corroboración o calidad epistemológica.

Ese sesgo, prejuicio o falla en nuestra aprehensión del testimonio se provoca a veces intencionalmente o es estructuralmente inducido por las asimetrías sociales y vulnera la condición del sujeto que testifica.

135 Ocurre cuando se desacredita el discurso de un sujeto por causas ajenas a su contenido, como los prejuicios que de éste se tienen, o cuando la credibilidad reducida es producto de incomprensión de la experiencia social del declarante. Sobre la injusticia epistémica se recomienda la obra de la filósofa Miranda Fricker, *Injusticia epistémica* (Inglaterra: Oxford University Press, 2007) Cuando conceptualiza estos problemas, se materializa la perspectiva de género. Sobre este tema, también se recomienda el texto de Juan Antonio González de Requena Farré, “La injusticia epistémica y la justicia del testimonio”, *Discusiones Filosóficas. Año 16 N° 26*, enero – junio, 2015, 49 – 67

- No siempre es posible una descripción exhaustiva de detalles por parte de la víctima de violencia machista, o del sujeto en condición de vulnerabilidad que declara en juicio. Es posible que, pese a plantear preguntas abiertas y amplias, se reciba respuestas escuetas o precisas. Dicho escenario plantea retos para conseguir la información que requiere, por lo que no debe insistir sobre puntos que no hay respuesta o apertura, y en su lugar, enfocar consecuencias, contextos, corroboración o hechos indirectos de su aspecto a probar.
- Conozca la vulnerabilidad de su testigo y sepa lo que implicó la situación traumática en su vida. A partir de dicho entendimiento se podrá plantear alternativas para abordar vicisitudes que se generen en la declaración (reacciones o respuestas ante determinadas preguntas, anticipar ataques de la contraparte). Además, conocer la experiencia social de su testigo y la posible falta de recursos interpretativos para entenderla, ayudará a que la parte visualice la forma más clara de llevar los hechos representados al juez.

Por ejemplo, imagínese un caso en el que declara una víctima de trata de personas con fines de explotación sexual. Al margen de la configuración normativa de cada país¹³⁶, el fenómeno de trata de seres humanos no es siempre tan conocido, y muchas veces, por el contrario, es tergiversado o se tienen preconcepciones equivocadas (se cree que

136 Por ejemplo, el Código Penal colombiano consagra: “Artículo 188-A. Trata de personas. El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, incurrirá en prisión de trece (13) a veintitrés (23) años y una multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para efectos de este artículo se entenderá por explotación el obtener provecho económico o cualquier otro beneficio para sí o para otra persona, mediante la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre, la explotación de la mendicidad ajena, el matrimonio servil, la extracción de órganos, el turismo sexual u otras formas de explotación.

El consentimiento dado por la víctima a cualquier forma de explotación definida en este artículo no constituirá causal de exoneración de la responsabilidad penal.”

Fíjese que los componentes de engaño o violencia no hacen parte de los elementos del tipo de Trata, así que no son hechos jurídicamente relevantes. En dicha normativa, La trata de personas es el simple hecho de captar, trasladar, acoger o recibir a una persona, con fines de explotación. Es decir, si miramos ese tipo penal, lo que el legislador quiso fue descartar los medios utilizados para captar, trasladar, recibir o acoger a las víctimas. No se requiere ni de engaño, ni de violencia; incluso la misma víctima puede consentir, y este consentimiento no exonera de responsabilidad penal al sujeto activo de la conducta punible.

para ser víctima de dicho delito debe emplearse medios coercitivos, o el imaginario colectivo recrea situaciones de mujeres encadenadas). Acercar a una víctima que declara a quienes le escuchan, dependerá en gran medida de su entrevistador.

- Se debe tener especial cuidado de tratar a la declarante víctima como testigo hostil o sugerir su mendacidad, a partir de tergiversación de su narrativa, o al no separar ésta con aspectos que la víctima recuerda y la forma como quiere contarlos. A veces, el mismo contexto y medios de prueba dan insumos para saber y conocer las condiciones de vulnerabilidad de la víctima, sus valores, preferencias, sus traumas o temores; y con base a estos conocimientos se recogen datos para entender por qué la víctima dice algo de un modo diferente a como en realidad ocurre un hecho, no porque tenga intención de mentir, sino porque es su percepción frente a los mismos.

Un ejemplo de lo anterior sería cuando una víctima de violencia intrafamiliar se describe o describe la situación de violencia que vivió y omite detalles, porque siente vergüenza o parte de culpa en lo ocurrido. Eso puede hacer parte de su proceso de trauma, de entendimiento, no de los hechos. Es necesario recordar que la percepción e interpretación de los hechos no son una actividad desvinculada al sujeto, por lo que las preconcepciones e imaginarios también afectan la configuración y recuerdo de los mismos.

Por su parte, algunos deberes de Juezas y Jueces en eventos de vulnerabilidad de la declarante son:

- Evitar el careo/ confrontación víctima-victimario en caso de que el ordenamiento jurídico lo permita, y de no ser posible, minimizar la revictimización ante su constante exposición.

Según la Opinión Técnica Consultiva 001/2014¹³⁷, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá, la victimización secundaria,

137 Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe, Opinión Técnica Consultiva N° 001/2014, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá, *El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá* (Panamá: UNODC, 2014), 1-19

también denominada revictimización, se entiende como la acción u omisión institucional que genera un maltrato físico o psicológico a las víctimas o testigos, en el proceso de acceso a la justicia. Al recordar y revivir lo ocurrido, la víctima experimenta estados de ansiedad, estrés y malas relaciones interpersonales que afectan la vida cotidiana de la persona, entre otros perjuicios.

Las víctimas de delitos sexuales suelen ser interrogadas múltiples veces a lo largo del proceso penal, desde la recepción de entrevistas a diferentes autoridades, las remisiones al médico legista para valoración de lesiones y el padecimiento de la duración de toda la etapa de juicio, en la que pueden también ser testigos. Existe, pues, una sobreexposición de las víctimas. El acceso a la justicia se dificulta cuando la posibilidad de esta victimización secundaria es tan alta, lo que ocurre en caso de delitos sexuales, pues las víctimas son personas en especial grado de vulnerabilidad, sea por su sexo (relaciones de poder subyacente hombre-mujer), sea por la edad (niñas y niños). Sobre este aspecto, la referida opinión consultiva señaló que “se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta”.

- Ante la duda o la manifestación del declarante en este sentido, el juez debe verificar (sea preguntándole al testigo o requiriendo a la fiscalía para que informe al respecto) las condiciones de seguridad del sujeto, la libertad y el ambiente propicio para desarrollar su declaración; así como las gestiones realizadas por la fiscalía para asegurar la atención y protección del testigo.
- Si bien es cierto, las partes tiene derecho a solicitar la comparecencia de los testigos, aun por medios coercitivos previstos para el Juez (por ejemplo, ordenar su conducción, con las consecuencias legales que tiene la no concurrencia para los

testigos); no sería proporcional y entrañaría cuestionamientos éticos, el hecho de ordenar la conducción de la víctima (supóngase, de una agresión sexual), que se rehúsa asistir a la audiencia de juicio.

Precisamente, es frecuente que en ciertos delitos (especialmente en aquellos derivados de violencia jerárquica o de prejuicio), las víctimas -y por lo general, únicas testigos directas-, se encuentren en situaciones de dependencia, vulnerabilidad, proceso de superación del trauma o simple aversión a evocar lo ocurrido.

Dichas situaciones deben ser previstas por los interesados en la obtención de su declaración, especialmente la fiscalía, quien acorde con el programa metodológico que diseñe para cada caso, debe recaudar suficientes elementos con vocación probatoria, de modo que el éxito del caso no dependa o recaiga en la parte más vulnerable.

Supónganse un caso de violación de una joven, en el que luego de transcurridos muchos años, la citan para que asista al juicio del agresor, y rinda su declaración. Una eventual negativa de la víctima no debe generar una consecuencia correctiva o sancionatoria, más aún cuando se han incumplido obligaciones estatales de debida diligencia y celeridad en la justicia.

Conducta ante los Tribunales

En los sistemas de tendencia acusatoria, la preclusividad de las etapas implica mayor cuidado y diligencia en las actuaciones de litigantes, por lo que debe propenderse por evitar el desmedro de la progresividad y eficacia que guía la actividad procesal en materia penal. Las peticiones inoportunas, reiteradas y sin sustento razonable, dilatan injustificadamente el proceso y distorsionan la actuación, en detrimento de una pronta, cumplida y eficaz administración de justicia (eventualmente sería constitutivo de temeridad o maniobras desleales).

Abuso del derecho por parte de litigantes

- Los abogados y abogadas no deberán promover o fomentar litigios innecesarios o inocuos. Lo anterior no implica que no se agoten las posibilidades defensivas en el caso concreto, sino

que se incoen solicitudes sin base fáctica y jurídica, o se insista en pretensiones que ya han sido resueltas con antelación y claridad.

- Es una prohibición ética, que a su vez genera graves consecuencias en la celeridad de la justicia, entorpecer los mecanismos de solución alternativa de conflictos o de figuras de terminación anticipada del proceso penal, con el propósito obtener beneficio particular o al margen del interés y defensa del representado.

Dilación injustificada

La jurisdicción penal debe ser pronta y eficiente al ejercer la tutela jurisdiccional a los ciudadanos. Los jueces deben buscar la eficacia de la justicia, lo que implica el cumplimiento de términos, restablecimiento o corrección de actos irregulares. Es por ello que, para asegurar los derechos y garantías fundamentales, se dota el juez de poderes correccionales que le permiten sancionar por desacato a las partes y demás intervinientes en la actuación.

El juez debe hacer uso racional y lógico de esos poderes para que las actuaciones cumplan su finalidad y para que haya eficacia en la administración de justicia. La nulidad es la sanción más grave a una irregularidad que no pueda ser subsanada, en caso de ser posible su corrección, es obligación del juez, en aras de la eficacia, proceder a subsanar.

Algunos deberes y buenas prácticas de las partes para evitar dilaciones procesales:

- La defensa no deberá tardar en poner de presente al Despacho la respectiva renuncia al poder que le fuera conseguido. La renuncia de la defensa debe efectuarse con antelación a la fecha fijada de la siguiente diligencia judicial, de modo que no entorpezca su desarrollo y prevea el tiempo para la llegada de otro letrado que continúe la actuación.
- La defensa deberá solicitar las prórrogas que procedan, cuando del estudio juicioso del caso establezca la necesidad para cumplir la función defensiva a cabalidad.

- Una buena práctica para dar celeridad a las diligencias judiciales implica la preparación previa de las mismas según el objeto a desarrollar, por ejemplo, previo a la audiencia preparatoria la defensa podría enviar la documentación del respectivo descubrimiento probatorio, con el fin de que la fiscalía lo conozca previo a la audiencia.
- No deben las partes ausentarse o no comparecer a la diligencia judicial, estando bien citados a la misma y sin la respectiva justificación previa o solicitud de aplazamiento.
- La diligencia y calidad del ejercicio defensivo conforme a la *lex artis*, demanda de los abogados la preparación previa de cada audiencia, con miras a su adelantamiento lo más ágil posible, de modo que la oralidad, propia del sistema acusatorio, sí sea un medio para lograr la celeridad y eficiencia en la justicia.
- La defensa asume en su integridad el proceso, teniendo en cuenta el estado en el que se encuentra, por lo que, salvo las acciones y/o solicitudes que deba tomar una vez verificadas las actuaciones de la anterior defensa, no deberá excusar su inactividad o desatención al proceso por el desacuerdo con la estrategia defensiva de su antecesor.

Actitudes y relacionamiento de partes con tribunales y demás sujetos procesales

- Es deber de las partes respetar los jueces y guardar la distancia en el trato. Este respeto en las relaciones intersubjetivas también abarca espacios ajenos a las respectivas audiencias y las distintas formas de comunicación. Un incumplimiento a este deber, lo sería el envío de un escrito a determinado despacho, con exigencias y en términos que evidencien trato despectivo y de subordinación.
- Es deber de las partes no influir intencionalmente ni adoptar comportamientos para intimidar o presionar a los sujetos procesales, con el fin de que se comporten de determinada forma, declaren en algún sentido o lleguen a acuerdos o desistimientos.

- Es deber de las partes faltar por escrito, palabra u obra al respeto debido a jueces, contraparte y demás servidores judiciales.

USO DE REDES SOCIALES Y SUS LÍMITES ÉTICOS EN UN PROCESO JUDICIAL

Problema ético de la participación de los jueces en todo tipo de redes sociales

Es cierto que la apariencia de imparcialidad de los jueces no es un asunto de poca relevancia en un sistema penal acusatorio, pues una de sus características es la publicidad y el reconocimiento por parte de intervinientes y de toda la comunidad de las personas que ejercen funciones jurisdiccionales. De ahí que, adquiriera gran relevancia para la confianza en la justicia, que los jueces actúen atendiendo límites que pueden dinamitar gravemente dicha apariencia de imparcialidad.

El estándar interamericano¹³⁸ protege las expresiones críticas de jueces sobre el sistema, así como la defensa de su propia labor, lo cual es importante para el desarrollo jurisprudencial y la independencia de los jueces. Sin embargo, algunos límites y buenas prácticas en el ejercicio de la libertad de expresión son precisos para la consolidación de la confianza ciudadana en los jueces.

El uso institucional e individual de las redes sociales por parte de jueces y tribunales

- Es deber de los funcionarios judiciales diferenciar entre escenarios institucionales y personales. Esto, por cuanto el mensaje y el medio en el que se transmita tendrán un margen de control distinto. Por ejemplo, si un juez tiene una cuenta personal

138 Sobre el marco de la libertad de expresión de funcionarios judiciales, resulta útil consultar precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comenzando por López Lone y otros vs. Honduras, en el cual se precisó que las restricciones a la libertad de expresión de jueces no pueden ser abusivas, debiendo atender a la proporcionalidad. Luego, en sentencia Urrutia Laubreaux vs. Chile, se afirma que no es acorde a la Convención Americana sancionar las expresiones de funcionarios judiciales en un trabajo académico sobre un tema general y no un caso concreto. Por su parte, en el caso Reverón Trujillo vs. Venezuela se precisan las garantías específicas de jueces y la necesidad de garantizar su independencia.

en la red social *Twitter*, y ésta tiene su nombre, pero su correo electrónico hace referencia al despacho en el que trabaja, la ciudadanía podría confundirse con los límites de esa persona y lo que espera se comunique en su cuenta. Añádase, por ejemplo, que en dicha cuenta el juez tenga su foto de perfil en el estrado judicial y con su respectiva toga. Por lo tanto, deberá ser claro para la audiencia cuando se trate de una cuenta institucional, y cuando ésta sea personal.

- No deben los jueces utilizar cuentas para presentar informaciones de casos a su cargo, así como de emitir opiniones propias a través de cuentas que se presenten como oficiales.

Relaciones del Tribunal con las partes en redes sociales

- La equidistancia exigida a jueces entre partes contrapuestas en el proceso penal implica un consecuente alejamiento en ámbitos extrajudiciales, que incluyen el espacio digital. Por ello, no se recomienda la frecuente interacción y estrecha conexión (a través de posibilidades de la red como «hacerse amigos» o «seguir»), entre funcionarios judiciales y las partes en una contienda adversarial, al menos no mientras ésta transcurre. Incluso, una constante interacción en la red sobre diversos temas podría devenir en impedimentos y situaciones que impacten propiamente el proceso penal.
- Una prohibición ética para los jueces al interactuar en sus redes sociales personales consiste en manifestar o comentar aspectos sensibles sobre casos y personas sometidas a su jurisdicción, así como la descalificación de profesionales y colegas, o apreciaciones sobre el manejo de la prueba o asuntos procesales.

Relacionamiento del tribunal con la ciudadanía y límites de expresión

- Es cierto que los jueces se pronuncian fundamentalmente a través de sus providencias, pues son estas las que se sustentan por sí solas. Sin embargo, una recomendación en caso de

decisiones complejas, y para efectos de comunicación sencilla a la opinión pública, consiste en que a través de comunicado se dé a conocer un extracto de la decisión en lenguaje común para el ciudadano. No solo podría servir en casos mediáticos, sino que constituye una expresión de autonomía judicial para garantizar una comunicación directa y veraz con la ciudadanía, que muchas veces se margina de las reales decisiones judiciales, al no comprenderlas, o peor aún, al recibir información errada, transmitida por medios de comunicación.

Comunicados sencillos de los Despachos a los ciudadanos, estos últimos con legítimo interés sobre decisiones judiciales en su país, y en algún punto de acercamiento a la justicia. Esta simple estrategia de comunicación podría ayudar a apaciguar la erosionada credibilidad de la ciudadanía en la administración de justicia, ésta última percibida como lejana al lenguaje común y la interacción cotidiana.

Aunado a lo anterior, y de acuerdo con las particularidades del caso y gravedad del error, un despacho judicial podría emitir un comunicado para aclarar información tergiversada por un medio de comunicación respecto de alguna decisión del funcionario judicial.

- El uso institucional de las redes sociales por parte de los tribunales puede ser una útil herramienta de acercamiento y acceso a la justicia por la ciudadanía.
- Buenas prácticas en el uso institucional de las redes pueden consistir en su finalidad pedagógica del proceso penal, por ejemplo, la difusión de jurisprudencia, funciones, asuntos jurídicos relevantes.

Tribunal y medios de comunicación

- Los jueces o juezas deben evitar el interés por ganar aprecio o popularidad de sus decisiones, o preocupaciones partidistas por lo resuelto en un proceso penal. Sin embargo, los jueces podrían hacer declaraciones en medios de información, siempre y cuando éstas no sean ni parezcan fundamentadas en las intenciones antedichas, y su aparición no comprometa la confianza ciudadana en la justicia.

Esto implica que el juez o jueza analice las particularidades de su intervención, las posibilidades de que ésta no sea vista públicamente como jurídica y ponderada, el tipo de audiencia al que va dirigida y las personas que serán sus interlocutores. En todo caso, ninguna declaración debe efectuarse sobre un proceso penal que esté en curso.

- Los jueces no deben utilizar o revelar la información obtenida en el ejercicio de sus funciones, para fines distintos al cumplimiento de estas.
- No debe el tribunal ni un servidor público que, por razón de su cargo, haya conocido una información sometida a secreto o reserva, usarla en su provecho o en beneficio de un tercero.

Juicio justo y libertad de expresión. Límites de las partes en juicio en relación con la información dada a medios sobre un proceso penal en curso.

La libertad de información habilita a los medios de comunicación, los periodistas y los particulares a comunicar hechos de los que tengan conocimiento, incluyendo los que pueden constituir conductas delictivas.

- El juez deberá establecer límites en la libertad de expresión de las partes por fuera de las audiencias, si llegara a verificar que las declaraciones a medios de comunicación rendidas por alguno de los sujetos procesales pueden poner en grave riesgo a los testigos, partes, pruebas o desarrollo propio del juicio.
- El juez deberá ser especialmente cuidadoso al ordenar límites en la libertad de expresión respecto de quien ostenta la calidad de víctima en el proceso. Por ejemplo, resulta en primera medida desproporcionado que se le solicite a la víctima abstenerse de hacer cualquier tipo de comentario, emitir opinión, informar de los procesados o sobre su propio caso en sus redes sociales. Esto podría representar un acto de censura previa, contrario a la libertad de expresión, protegida por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La víctima en un proceso penal tiene el derecho de hacer públicamente las mismas declaraciones que ha hecho ante la justicia, pues hace

parte del derecho a la libertad de expresión. En todo caso, el proceso penal es público y sobre este puede opinarse.

Actuaciones extrajudiciales del Ministerio Público en medios de comunicación

- Atendiendo el principio de la presunción de inocencia¹³⁹, la fiscalía no debe presentar al procesado (investigado o acusado) como penalmente responsable, hasta tanto no sea condenado por el tribunal.
- La fiscalía puede comunicar a la ciudadanía sobre sus funciones, rendir cuentas y dar a conocer el inicio de procesos penales de especial interés e impacto social. Ninguna de estas declaraciones podrá soslayar garantías judiciales, como la concerniente a un juicio justo y un trato al procesado acorde con la presunción de inocencia.

Exposición de la defensa en medios de comunicación sobre proceso en curso

Como se ha señalado, las partes e intervinientes en el proceso penal no pierden su libertad de expresión frente a temas desarrollados en el propio escenario judicial. Sin embargo, los límites legales y éticos a dicha libertad se generan, entre otros, cuando se distorsiona lo que ocurre en el procedimiento judicial ante medios de comunicación, o cuando se emplean los mismos como amplificadores publicitarios que influyen y generan presión indebida en el proceso. Por ello:

- La defensa no debe exceder las declaraciones mediáticas que tengan como fin informar sobre el estado de su representado, las condiciones de su representación y los aspectos procesales y procedimentales que restan en determinada actuación judicial. Desbordaría lo anterior, las consideraciones sobre la práctica probatoria, los juicios de valor y apreciaciones sobre las decisiones judiciales en curso o la tergiversación de aspectos eminentemente jurídicos.

139

Inciso 2 del artículo 8 de la CADH recoge el principio de inocencia: Artículo 8. Garantías Judiciales [...].

- Tanto la defensa como la fiscalía, y demás intervinientes en el proceso penal, no deben mediatizar el caso penal al punto de convertirlo en un juicio paralelo, tampoco deben emplear la difusión de este para afectar terceras personas u obtener provecho al margen del ejercicio propio de sus funciones en el proceso.
- La defensa puede hacer manifestaciones extrajudiciales que considere necesarias para contrarrestar, aclarar o precisar información que ha soslayado derechos de su cliente, como la intimidad, la imagen o el buen nombre (en una intensidad desproporcionada que esté en deber de soportar). Un ejemplo de la vulneración de los dos primeros derechos, lo sería que la víctima o algún testigo publicaran en su perfil de instagram o facebook el número de cédula, la dirección de residencia y las fotos del procesado con su hijo y se invitara a su hostigamiento.

Dicha publicación ameritaría la protección constitucional del juez para que se abstengan de publicar datos sensibles, privados o semi privados de los individuos que denuncian en sus redes sociales cuando la divulgación de dicha información causa afectaciones desproporcionadas a los derechos a la intimidad e imagen de los acusados, pues no está amparada por la libertad de información y no cumple ningún propósito constitucional legítimo. En igual sentido, la defensa podría pronunciarse para demandar una intervención activa de las autoridades y proteger a su cliente.

REFLEXIONES FINALES

- El adecuado funcionamiento de los sistemas penales acusatorios implica consensos sobre el ejercicio ético de la litigación penal y las actuaciones de la judicatura. La celeridad y la eficacia en dicho modelo de juzgamiento, requiere de actores que colaboren leal y legalmente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado.
- Litigantes y jueces están sometidos a reglas éticas que se concretan en conductas prohibitivas, a través de las cuales

se busca asegurar la probidad y honradez en el ejercicio de la profesión y la responsabilidad respecto de los clientes y del ordenamiento jurídico. El bosquejo de deberes y situaciones problemáticas abordadas en el capítulo es solo un inicio para construir un estándar ético y diligente en cada una de las actuaciones procedimentales en materia penal.

- La nueva dinámica del proceso penal, cuyo eje casi único lo había constituido el procesado, incorpora a la víctima como interviniente procesal, a quien se debe garantizar, entre otros, el derecho a la Verdad, cuya materialización lleva implícito el cuidado en la fijación de los hechos en materia penal, y la tipificación de la conducta, en consonancia con el derecho de acceder a la justicia en condiciones de igualdad.
- Los Jueces y juezas deben propender por la aplicación del derecho material, en dirección no solo de una justicia rápida sino razonable, atendiendo a los criterios moduladores de la actuación procesal, como lo es la proporcionalidad en cada escenario de tensiones entre derechos. El debido proceso no es una categoría abstracta carente de vinculación para los deberes de los funcionarios judiciales, que a su vez tiene implicaciones éticas, no siempre previstas o dilucidadas en los desarrollos normativos.

BIBLIOGRAFÍA

Ferrajoli, Luigi. 1995. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Estudios políticos)

Fricker, Miranda. 2007. Injusticia epistémica. Inglaterra: Oxford University Press.

González de Requena Farré, Juan Antonio. 2015. La injusticia epistémica y la justicia del testimonio. Discusiones Filosóficas. Año 16 N° 26, enero – junio.

López Barja Quiroga, Jacobo. 2004. Tratado de Derecho Procesal Penal. España: Thomson Aranzadi.

Oficina de las Naciones Unidas Contra el Droga y el Delito, UNODC. 2019. Los Principios De Bangalore Sobre La Conducta Judicial. Nueva York: Naciones Unidas https://www.unodc.org/documents/ji/training/19-03891_S_ebook.pdf

Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe. 2014. Opinión Técnica Consultiva N° 001/2014, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá, El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá. Panamá: UNODC.

Organización de los Estados Americanos. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Costa Rica: OEA.

Organización de los Estados Americanos. 1994. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Belem Do Para: OEA

Código de Procedimiento Penal .2004. Colombia: DO.

Código Procesal Penal federal. 2019. Argentina: BO

Código Penal. 2000. Colombia: DO

Organización de los Estados Americanos. 1948. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Colombia: OEA.

Naciones Unidas. 1976. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Naciones Unidas. 1966. Carta Internacional de Derechos Humanos.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barreto Leiva vs Venezuela. 17 de noviembre de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. 24 de agosto de 2017. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos H, muv,m umanos. Caso López Lone y otros vs. Honduras. 5 de octubre de 2015. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_302_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Urrutia Labreux vs. Chile. 27 de agosto de 2020. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_409_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. 30 de junio de 2009. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf

Jauchen, Eduardo M. 2004. Tratado de la prueba en materia penal. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Jauchen Eduardo M. 2005. Derechos del Imputado. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

LINEAMIENTOS PARA UN CÓDIGO DE ÉTICO EN LA LITIGACIÓN PENAL ORAL

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs de la Embajada de Estado Unidos en Argentina ponen a disposición de los y las operadores jurídicos/as un texto original, de proyección práctica y de impecable alcance que se transformará en pieza de consulta para quienes enfrenten dilemas éticos al tiempo de litigar oralmente un caso penal de modo estratégico.

Delia de Castro, Rafael Blanco, David Mena y Helena Hernández presentan una serie de estándares deontológicos que se presentan en diversos y posibles escenarios derivados del ejercicio del litigio estratégico. En cada capítulo se problematiza y se echa luz sobre debates escasamente agostados. Esta publicación persigue echar luz en el camino que transite el/la profesional - fiscal, defensor/a, juez/a- cada vez que se ponga en tensión el obrar ético aplicable específicamente al litigio penal adversarial.



@CEJAoficial



@CEJAoficial



@JSCAoficial



@CEJAoficial