

## INTERPONE EXCEPCIÓN DE FALTA DE ACCIÓN SOLICITA NULIDAD Y SOBRESEIMIENTO TOTAL

Sra. Jueza del Juzgado Federal n° 2 Secretaría n° 5 de San Martín:

**Andrés Harfuch**, Defensor General Departamental del Departamento Judicial de San Martín, con domicilio en Av. Ricardo Balbín 1753, San Martín, Provincia de Buenos Aires en la presente causa n° XXXXXXXXXXXXX, ante V.S. muy respetuosamente me presento y digo:

### **I LEGITIMACIÓN**

La Ley 14442 (arts. 32 inc. 2 y 3) del Ministerio Público de la Provincia de Buenos Aires me faculta a llevar adelante todas las acciones tendientes a proteger y a resguardar la labor de la Defensa Pública en mi distrito. **Atento a la gravedad institucional y al verdadero hostigamiento a la defensa** que representa esta causa penal contra dos miembros de la Defensa Pública de Menores de San Martín es que me veo obligado a presentarme de manera institucional -y excepcional- ante V.S. para solicitarle poner fin a esta causa de manera definitiva.

### **II OBJETO Y SÍNTESIS**

Esta presentación institucional tiene por objeto atacar lo que consideramos un proceder ilegal, arbitrario e inconstitucional mediante la obtención de prueba ilícita por parte de quienes decidieron formar e impulsar esta causa penal.

V.S., las presentes actuaciones constituyen un deliberado hostigamiento no ya a la defensa pública como institución, sino al ejercicio mismo de la abogacía en un Estado de Derecho Moderno, adecuado a las Convenciones Internacionales (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; art. 8 de la C.A; art. 14 del PIDCYP).

La defensa pública está obligada constitucionalmente a actuar en todos los casos para evitar que sus asistidos sean detenidos o encausados y a petitionar lo conducente para su defensa.

El debido respeto a la garantía de inviolabilidad de la defensa repudia la concepción feudal y medieval que reduce a un abogado defensor al rol de **“auxiliar de la justicia”**, **“de defensor de los intereses de la sociedad”** o de **“colaborador para la averiguación de la verdad real”**, o cualquiera de los eufemismos con que en el pasado se limitaba el derecho de defensa en detrimento de los intereses concretos de sus clientes.

En el presente caso, la defensa pública estaba **obligada** constitucional y legalmente a advertirle a su joven cliente imputado que su detención era inminente y **ello nunca constituye encubrimiento. Es exactamente al revés:** de no haberlo hecho, **sí hubiera significado** un prevaricato de la defensa, perseguible penalmente.

Por eso es que venimos a interponer, a modo de síntesis:

**1) Excepción perentoria de previo y especial pronunciamiento por falta de acción** (CPPN, 339 inc 2º) contra la denuncia realizada por la titular del juzgado de Instrucción n° 47 secretaria n° 136 a cargo de la Dra. Mónica Berdión de Crudo, para que se declare que dicha acción penal no se pudo promover ni fue legalmente promovida **por no constituir delito**. En efecto, el accionar de la defensa pública de San Martín en resguardo del menor no puede jamás tipificarse como encubrimiento ni delito alguno. Por el contrario, es un ejercicio material del derecho

constitucional de la defensa juicio. **Por ende, atípico.** No existe allí acción penal por delito de ninguna clase, por lo que corresponde hacer lugar a la excepción previa y declarar el sobreseimiento definitivo (CPPN, 343).

**2) Subsidiariamente,** y en caso de no conceder VS la excepción, **se declare de oficio la nulidad absoluta de la denuncia de fs 1 y de la intervención telefónica** y de todos sus actos consecutivos y dependientes, con costas, por violación a la garantía de defensa en juicio (CN, 18 y 75 inc 22° y CPPN, 168 y ccs). Como consecuencia, dicte el sobreseimiento.

**3) Dejamos planteado el caso federal (arts 14 y 15 de la ley 48) por la grosera violación a la garantía de la defensa en juicio y por gravedad institucional por desconocimiento de los Pactos Internacionales de DDHH (CN, 18, 33 y 75 inc 22).**

### **III** **LOS HECHOS**

No conozco muy bien los detalles del caso pero, al parecer, tiempo atrás habría sido asaltado el domicilio de una conocida vedette del mundo del espectáculo. El nombre de un joven habría surgido en el curso de la investigación como uno de los presuntos cómplices o coautores.

La instrucción decidió entonces **-increíblemente-** intervenir el teléfono celular de la **¡mamá del adolescente!** para intentar capturarlo. Huelga decir que semejantes intervenciones a la intimidad y a la privacidad deberían ser extraordinarias y estar reservadas sólo para casos de suma gravedad y/o de delincuencia o crimen organizado, más no para investigar un delito común como el robo. Sin embargo, eso fue lo que sucedió y lo que dio origen a las presentes actuaciones, en una demostración de cómo el perverso sistema de escuchas telefónicas se había expandido, generalizado y distorsionado de tal manera que dio motivo a la intervención de toda el área de inteligencia por parte del Gobierno Nacional en diciembre de 2014.

El joven imputado en el hecho registraba una causa anterior en la justicia de menores de San Martín, en la que era asistido por la Defensoría Pública de la Responsabilidad Juvenil de mi distrito. En otra maniobra altamente cuestionable, se lo citó en el juzgado para una notificación ordinaria de mero trámite en la causa, pero cuyo fin último y verdadero era apresararlo. A esos efectos, se destacó una comisión de la policía federal para detenerlo.

La Defensoría de San Martín se enteró casualmente de la maniobra urdida y procedió, **como no podía ser de otra manera,** a intentar contactar de inmediato al menor para informarlo de la inminencia de su detención. Sin sospechar siquiera de que estaban siendo grabados **de manera inconstitucional** por orden de la jueza de instrucción, se comunicaron con la mamá del adolescente, ya que éste estaba ausente y le informaron a su mamá que lo iban a detener. La defensoría jamás logró contactarse con el joven y ni siquiera sabemos si efectivamente la mamá logró comunicarse con su hijo, pero el mensaje de la Defensoría oficial estaba destinado exclusivamente hacia él. Esto es muy importante, ya que la mamá jamás podría ser admitida como testigo en contra de su hijo y porque, al tener el mensaje como único destinatario al joven, automáticamente se activó la protección constitucional de la comunicación telefónica **bajo el privilegio de la relación abogado-cliente.**

Lo cierto es que, a pedido del fiscal de instrucción de Capital, la jueza de instrucción del mismo distrito decidió **-en clara violación al art 237 del CPPN y a los arts 18 y 75 inc 22 de la CN-** formar causa penal para que se investigue la posible comisión del delito de **¡encubrimiento agravado por la condición de funcionario público!** contra dos miembros de la defensa pública de San Martín.

Presentó como prueba principal la transcripción de la intervención telefónica que contenía la **comunicación reservada** entre la mamá del menor imputado -ya que el destinatario del mensaje de sus abogados era exclusivamente el menor- y nuestra defensoría pública del fuero de la

responsabilidad penal juvenil.

#### **IV. FUNDAMENTO**

##### **1) La excepción por falta de acción:**

Sostener que un abogado -público o privado- que le avisa a su cliente que lo están por detener incurre en el delito de encubrimiento es algo que hoy -en pleno siglo XXI- no resiste el menor análisis. Semejante concepción de la abogacía pertenece a una mente inquisitorial, propia del medioevo y del sistema feudal. Los abogados defensores de aquella época eran designados por el Inquisidor para inducir a confesar al acusado. Más que abogados defensores, fueron históricamente concebidos como cómplices del Inquisidor para averiguar la verdad, que era la meta absoluta del procedimiento penal (cfr; HARFUCH, Andrés: "*Principios, instrucciones y organización de la defensa pública*", en "*Pena y Estado*", Revista Latinoamericana de Política Criminal, N° 5, 2002, p.81).

Es inconcebible que en 2015 haya funcionarios judiciales que todavía sigan razonando de esta manera. El advenimiento del constitucionalismo moderno con la Ilustración, las garantías procesales y el sistema acusatorio/adversarial barrieron con esta concepción antediluviana de la defensa penal. No por casualidad se afianzó a nivel Convencional Internacional la inviolabilidad de la defensa en juicio y se crearon sistemas cada vez más poderosos de defensa pública en todo el orbe. Baste como muestra la nueva Ley de Defensa Pública de la Nación 27.149 para tomar consciencia de lo retrógrado del accionar en crisis.

No existe aquí acción penal alguna que pueda ser legalmente promovida por el delito de encubrimiento. **Los funcionarios de la defensa pública de San Martín estaban obligados legalmente a actuar como lo hicieron para informar al menor de su inminente detención** (arts 34, 35 y 37 de la citada ley 14.442 de la provincia de Buenos Aires).

Dado su carácter perentorio, la excepción por falta de acción hace cosa juzgada material de manera definitiva, por lo que corresponde declarar el sobreseimiento por inexistencia de delito.

##### **2) Nulidad de la interevención telefónica de la comunicación entre la defensoría pública y su cliente:**

Es exactamente la denuncia de fs 1 y de la intervención telefónica -y su empleo posterior para investigar a dos miembros de la defensoría oficial- la que vengo a cuestionar ante V.S. De nulidad absoluta -y de todos sus actos conexos y dependientes- por afectar la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio (art 168 2ª parte y 172 del CPPN y arts. 18 y 75 inc 22 CN).

La interceptación de las comunicaciones de cualquier tipo entre el abogado y su cliente representan una prohibición probatoria de **carácter absoluto (CN, 18 y 33)**.

No lo afirmo yo, por supuesto, sino el maestro Prof. Dr. Julio Maier:

*“Por lo demás, las leyes procesales penales contienen, ordinariamente preceptos que declaran inadmisibles, **de manera absoluta**, la interceptación de las comunicaciones escritas **u orales** entre el imputado y su defensor, o el secuestro de los escritos que las contienen (CPPN 237)... y hasta incluyen allí comunicaciones o documentos **a los cuales se extiende el derecho o el deber de abstenerse de declarar testimonialmente**. Los códigos argentinos limitan **incorrectamente** esta prohibición a las comunicaciones **escritas**. Bien interpretados, incluso por aplicación analógica in bonam partem, la regla se debe formular en el sentido del texto anterior. La interdicción relativa del defensor se vincula más **al derecho de defensa**, que a la garantía del ámbito privado.”*(Maier, Julio: *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, Editores del Puerto, 1996, p. 695).

La valoración de la comunicación telefónica mantenida entre la madre del imputado (pero dirigida a éste) y la Defensoría Penal Juvenil de San Martín para iniciar esta causa -con motivo de un proceso penal anterior en nada conexo con el robo a la vedette- vulnera la garantía constitucional **absoluta** de la inviolabilidad de las comunicaciones entre inculcado y defensor. Existe además unanimidad en doctrina y jurisprudencia en el sentido de que la garantía de inviolabilidad de la correspondencia epistolar, en función de lo establecido en el art. 33 de la CN, comprende también a las comunicaciones telefónicas. En el caso, la comunicación telefónica que dió inicio a la presente, se hallaba protegida por un privilegio constitucional que no fue observado.

La jueza de instrucción sabía muy bien que la desgrabación realizada por la División Robos y Hurtos de la PFA era sobre una llamada telefónica (obrante en la copia acompañada) entre la madre del imputado y personal de la Defensoría Oficial. **Sus abogados de la defensoría pública.** No obstante, dio curso a la denuncia obrante a fs. 1, a pesar de tratarse de prueba ilícita y de una clara prohibición probatoria de carácter absoluto.

Aceptar esto es poner en serio riesgo el ejercicio mismo de la abogacía y, específicamente, el derecho a recibir asistencia técnica **y a comunicarse de manera libre y privadamente con un defensor** (art. 18 de la CN; art. 8.2 de la CADH; art. 14 inc. 3 “d” del PIDCYP; art. 15 de la Constitución Provincial de Buenos Aires). Este principio cobra una mayor preponderancia cuando se trata de sectores vulnerables de la sociedad (in re *Condori Navarro s/recurso de queja*, causa n° 52.002 de la Sala III del TribCasPcia Bs As, 2013).

*“Mantener la imputación penal en las presentes actuaciones... proyecta e impacta sus consecuencias negativas hacia una multiplicidad de individuos que diariamente acuden al servicio público de la defensa. Es decir, la solución que en definitiva se adopte respecto de C. N... tendrá inmediata consecuencia sobre una gran porción de la población, y en concreto sobre aquellos que afrontan escasos recursos económicos”* (in re *Condori*).

Las actuaciones se iniciaron en franca violación al “*secreto profesional*”.

Al respecto, ha sostenido la Sala III del Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires en el citado precedente:

*“... no es cierto que el secreto profesional sea un deber exclusivamente en cabeza del **titular** de la Defensoría Oficial. Sobre el punto, percibo que los señores jueces interpretaron de manera restrictiva los alcances de una garantía basal, cual es el derecho de defensa. En esencia, **no se trata de una cuestión de cargos, sino de funciones**; y bajo ningún punto de vista puede pesar sobre el justiciable la distinción de si está o no frente a un profesional obligado por el secreto profesional. El ciudadano asiste al servicio público de Defensa, todo lo que suceda en ese marco, se encuentra amparado por la confidencialidad del asesoramiento (...) En suma, absolutamente nada de aquello que se tome conocimiento como consecuencia del asesoramiento en el marco del ejercicio de la función, puede ser objeto de denuncia penal. La razón es sencilla, la consagración del deber de confidencialidad y secreto profesional como pilares del derecho de defensa”* (in re *Condori Navarro*).

Es decir que en nada obsta a la violación de la garantía constitucional aludida que quien realizara el llamado telefónico fuera un empleado de la Defensoría Oficial y no alguno de sus titulares. Lo clave es la **función, no el cargo**.

**V**  
**PETITORIO**

Por todo ello, formalmente peticiono:

1º) Se tenga por presentado en tiempo y forma la excepción perentoria de falta de acción, se la resuelva favorablemente y se decrete el sobreseimiento (CPPN, 339 parte 2ª y 343).

2º) Subsidiariamente, se decrete de oficio la nulidad de carácter absoluto de la denuncia obrante a fs. 1, de la intervención telefónica y de todos los actos que resultan consecuencia de aquella, por haber implicado flagrante violación de normas constitucionales, esencialmente de la defensa en juicio (arts. 18 y 75 inc. 22 de la CN; art. 8 inc 2 d; art. 14 inc. 3 b del PIDCYP, CPPN, 168 y 172) y se dicte el sobreseimiento.

3º) Se tenga por presentada la documental acompañada y el caso federal planteado (art 14 y 15 ley 48).

4º) Si VS así lo estima pertinente, no tengo problema alguno a concurrir a audiencia pública a fin de exponer o ampliar estos argumentos.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA