

Defensa pública

Pena y Estado

año 5 • número 5

revista latinoamericana de política criminal

© Ediciones del Instituto
Talcahuano 256 1° Piso (C1013AAF)
Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax (54) 11-4372-0570
inecip@velocom.com.ar
www.inecip.org

Impreso en: Verlap S.A. Producciones Gráficas
Cte. Spurr 653 - Avellaneda
Buenos Aires - Argentina

Impreso en Septiembre de 2002

Hecho el depósito de Ley
ISSN

Impreso en Argentina

Se permite la reproducción total o parcial con previa autorización y citando fuente.

p e n a y e s t a d o



número 5

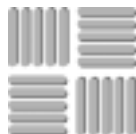
Defensa Pública

Directores

David Baigún
Juan Bustos Ramírez

Secretaría de redacción y coordinadora general

Mirna Goransky



Equipo de coordinación general

Alejandro Álvarez (Argentina)
Cristián Riego (Chile)
Juan Enrique Vargas (Chile)
Luis Ramírez García (Guatemala)

Asistentes de coordinación

Gabriela Córdoba
Valeria Calaza
Hernán García
Paula Litvachky
Andrea Pochak
Natalia Sergi

Coordinadores nacionales

Argentina: Paula Honisch
Bolivia: Reinaldo Imaña
Brasil: Roberto Podval
Costa Rica: Daniel González
Cuba: Danilo Rivero García
Chile: Cristián Riego
El Salvador: Jaime Martínez
Guatemala: Gustavo Cetina
Paraguay: Victoria Rivas
Perú: Jorge Olivera
Venezuela: Elsi Rosales

Coordinadora de este número

Fernanda López Puleio INECIP - Argentina

Publicación del
Instituto de Estudios Comparados
en Ciencias Penales y Sociales
Talcahuano 256 - 1º Piso
(1013) Buenos Aires
Tel. Fax: (54- 11) 4372-0570
E-mail: inecip@velocom.com.ar



Esta publicación ha sido posible gracias al valioso apoyo brindado por la

Fundación Konrad Adenauer

en el marco del **Encuentro Nacional**

de la Defensa Pública

realizado los días 26 y 27 de septiembre de 2002

en La Plata, Buenos Aires, Argentina.

Programa Latinoamericano de Investigación Conjunta sobre Política Criminal PLIC/PC

El Programa es desarrollado actualmente por diez instituciones:

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP),
Argentina

Asociación de Política Criminal,
de Chile

**Centro de Estudios Penales (CEPES)/
Fundación de Estudios para la Aplicación
del Derecho (FESPAD),**
El Salvador

Institutos de Estudios Comparados en Ciencias Penales (IECCPG),
Guatemala

Centro Episcopal de Acción Social (CEAS),
de Perú

**Instituto de Criminología “Dra. Lolita Aniyar de Castro” /
Universidad de Maracaibo,**
Venezuela

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (IECCP),
Paraguay

Sociedad Cubana de Ciencias Penales,
Cuba

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais,
Brasil

Asociación de Ciencias Penales,
Costa Rica / **Centro de Estudios de
Justicia y Sociedad,** Córdoba Argentina

El Programa abarca diez temas:

1. Corrupción de funcionarios públicos

2. El Ministerio Público

3. Policía y sociedad democracia 1998

4. Justicia Penal y comunidades indígenas 1999

5. Defensa Pública

6. Sistemas Penitenciarios

7. Seguridad Ciudadana

8. Política Criminal de niños y jóvenes

9. Víctimas y sistemas penal

10. Justicia oral

INDICE

I. INTRODUCCIÓN

LAS IDEAS BÁSICAS EN LA RELACIÓN DEFENSA PÚBLICA – ESTADO DE DERECHO Por <i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	17
--	----

II. ENSAYOS

JUSTICIA PENAL Y DEFENSA PÚBLICA, LA DEUDA PENDIENTE Por <i>María Fernanda López Puleio</i>	26
--	----

DEFENSA PÚBLICA, DERECHO DEL PUEBLO Por <i>Stella Maris Martínez</i>	49
---	----

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Por <i>Misael Garson</i>	59
--	----

PRINCIPIOS, INSTRUCCIONES Y ORGANIZACIÓN DE LA DEFENSA PÚBLICA Por <i>Andrés Harfuch</i>	69
---	----

ALGUNAS IDEAS SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA EN LA LEGISLACIÓN CENTROAMERICANA Por <i>Gabriela Vázquez Smerilli</i>	87
--	----

DEFENSA PÚBLICA PENAL. OPERACIONES, ESTRATEGIAS Y PROBLEMAS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LA DEFENSA PÚBLICA EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA DE DERECHO PENAL ARGENTINO Por <i>Elizabeth Pace de Elias</i>	93
--	----

III. ENTREVISTA

Entrevista a <i>Luigi Ferrajoli</i> sobre la Defensa Pública	109
--	-----

IV. LEGISLACIÓN

LOS LINEAMIENTOS DEL DERECHO DE DEFENSA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Por <i>Adriana García Netto</i>	113
---	-----

LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LA CREACIÓN DEL COLEGIO DE ABOGADOS INTERNACIONAL Por <i>Carolina Loayza Tamayo</i>	117
--	-----

V. MATERIALES PARA EL CAMBIO

EL SERVICIO PÚBLICO DE DEFENSA PENAL DE GUATEMALA Y EL PAPEL DE MINUGUA Por <i>Antonio Maldonado</i>	133
Anexo documental	
DIEZ PRINCIPIOS RECTORES DE SISTEMAS DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE DEFENSA PÚBLICA EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Por <i>Silvina Manes</i>	173

VI. DEBATES

EL ROL DEL DEFENSOR PÚBLICO EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN Por <i>Gustavo Platt</i>	183
APUNTES PARA UN PROYECTO SOBRE DEFENSORÍA PÚBLICA Por <i>Liliana Carmen Ramos</i>	193

VII. INVESTIGACIONES

12 |

LA DEFENSA PÚBLICA EN ARGENTINA Por " <i>DEFENDER</i> ": grupo de investigación a cargo de <i>Julián Horacio Langevin</i>	199
LOS CUADERNOS DE LA PROVINCIA. LA DEFENSA OFICIAL EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Por <i>María Fernanda López Puleio, Estela González Espul, Sara Peña Guzmán,</i> <i>Diego Fernández, Victoria Ballvé, Andrés Harfuch</i>	243



Dirección Periodística: Sylvia Schulein
Coordinadora de Edición: Soledad Pujó
Correcciones: Francisco Godínez
Diseño y Diagramación: Patricia Peralta

EDITORIAL

Luego de más de dos años de ausencia, la revista *Pena y Estado* circula nuevamente entre nosotros con esta nueva edición. Estos años, signados por un intenso trabajo pero también no exento de dificultades económicas que obstaculizaron la continuidad de su publicación, han representado también la carencia de un espacio de debate, necesario para mejorar cualitativamente tanto la discusión teórica como las prácticas judiciales cotidianas.

Es así que el nº 5 de *Pena y Estado* aborda uno de los temas centrales, tal vez más relevantes y más descuidados de las reformas judiciales: la defensa pública. No existe un sistema acusatorio genuino, no se da un contradictorio acabado si no contamos con una defensa pública fuerte y en un pie de igualdad con el Ministerio Público Fiscal. En este sentido, nuestros países han fortalecido sus Ministerios Públicos Fiscales, a partir de los movimientos de reforma, no siguiéndose un proceso de la misma magnitud en la defensa pública como institución.

El acceso a la justicia y el de la tutela efectiva, como uno de los pilares del Estado de Derecho, se han convertido en puntos medulares para cualquier abordaje serio de las reformas judiciales que pretenda dar respuestas a los graves problemas que plantea ofrecer un servicio de justicia efectivo a todos los ciudadanos. Es así que el problema del acceso a la justicia adquiere una fuerza y una urgencia que antes quizás no tenía, porque se trata finalmente de saber qué instrumentos concretos pone el sistema democrático en manos de los ciudadanos para luchar por una vida digna, sin abandonar los principios de una vida colectiva pacífica y tolerante.

Si analizamos la defensa pública en materia penal específicamente, podemos apreciar una tergiversación de su concepción primaria, dado que en la mayoría de los países de la región la consideran como un servicio auxiliar que cubre

aquellos casos que el servicio privado de abogados no puede atender, situación que tiende a agravarse si se considera que aquellos que requieren una asistencia gratuita son la mayoría.

Y el problema no es normativo, porque a pesar que el reconocimiento de la defensa pública es general, y está receptado en los instrumentos internacionales, ciertamente no se ha podido avanzar a la etapa subsiguiente, cual es la de brindar un servicio efectivo.

Este número de *Pena y Estado* ofrece al lector una serie de artículos, presentados en sus diferentes secciones, que abordan desde la relación de la Defensa Pública con el Estado de Derecho, reflexionando asimismo sobre el acceso a la justicia, destacando la situación de la Defensa Pública en la Justicia Penal, y enfatizando los principios que nutren la Defensa Pública.

No queremos dejar de agradecer al equipo de trabajo que ha hecho posible el surgimiento de esta revista, y que con este número finaliza su etapa de contribución a este proyecto. Asimismo, a la Dra. Fernanda López Puleio, quien reunió el material y compiló los nuevos artículos que forman parte de esta revista. Con este número termina un ciclo pero también empieza otro, caracterizado por el mismo entusiasmo y los mismos ideales que han marcado fuertemente el origen de *Pena y Estado*.

Los números siguientes contarán con un nuevo staff y con un renovado esquema de autoridades, aunque conservando los mismos objetivos, que son los de elevar la calidad académica, representar una contribución notable al trabajo de todos aquellos vinculados al sector justicia y promover la discusión permanente y profunda alrededor de temas claves.

SILVINA RAMÍREZ
INECIP

i n t r o d u c c i ó n



LAS IDEAS BÁSICAS EN LA RELACIÓN DEFENSA PÚBLICA - ESTADO DE DERECHO

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

*Profesor Titular de Derecho Penal de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Buenos Aires.*

1. Estado de derecho y proceso penal

El proceso penal es el camino que siguen las agencias jurídicas para responder a la demanda de habilitación de poder punitivo sobre una persona previamente seleccionada por las agencias policiales o ejecutivas. Su estructura es un indicador político del respectivo estado tanto a) en cuanto a la extensión del poder punitivo que abarca, como b) en cuanto a sus características acusatorias.

a) El estado de derecho histórico (real) nunca es ideal, porque no lo hay (ni hubo) en que toda la población hubiese estado sometida a la ley en el plano de igualdad, dado que quien ejerce el poder siempre trata de sustraerse a la ley (manipularla para dominar). Cuando nadie lo contiene, el resto de la población queda sometida a su voluntad arbitraria y, por ende, nos hallamos ante un estado de policía; cuando alguien lo contiene y acota al estado de policía que queda encapsulado en su interior, y que siempre seguirá ejerciendo sus pulsiones para imponer la voluntad del poderoso.

El estado real de derecho se acerca más al modelo ideal de igual sometimiento a la ley de todos sus habitantes, cuanto menos poder punitivo ejercen sus agencias ejecutivas al margen del proceso establecido para sus agencias judiciales (es decir, cuantas menos penas impone el poder ejecutivo y sus agencias). En el estado de derecho ideal, el poder punitivo sólo se podría ejercer después de un proceso penal; en los estados de derecho reales, siempre en alguna medida, el estado ejerce

poder punitivo al margen de las agencias judiciales, con múltiples pretextos y disfraces; en los estados de policía, el poder punitivo se ejerce directamente conforme a la voluntad del que manda.

En síntesis: no hay país donde no se afecten derechos de los habitantes, en función de coacciones estatales (o garantizados estatalmente) que no encuadran en los modelos de coacción reparadora o restitutiva, y que, sin embargo, se ejerza al margen del proceso penal y sin sus garantías. Cuando más extendido se halle este fenómeno, más elementos de estado de policía contendrá el estado de derecho históricamente dado. Por ende, el primer indicador político que ofrece el proceso penal es respecto de su propio objeto: cuanto menos poder punitivo se hallé sustraído a él, mejor será el estado de derecho, o sea, más alejado estará del estado de policía (lo acotará mejor).

b) En segundo lugar, el proceso penal es un indicador político en razón de su estructura. Por regla general, el estado de policía se acerca al modelo inquisitorio y el estado de derecho al acusatorio. El estado de policía no se conforma con sustraer poder punitivo a las garantías del proceso penal, sino que incluso acaba con éstas mediante una estructura procesal inquisitoria. Normalmente también la disfraza llamándola mixta, como si el inquisitorio pudiera mezclarse con el acusatorio, es decir, como si el estado de derecho fuese una exageración y, por ende, el justo medio estuviese en su combinación con el estado de policía (equivaldría a algo así como: sometidos por igual a la ley en la medida en que el que manda lo permita).

2. Proceso penal acusatorio formal y real

Afirmar que el proceso penal acusatorio se caracteriza por la neta separación de las funciones de juzgador, el acusador y el defensor y que, por ende no puede haber acusatorio sin defensa, es una verdad de Perogrullo. No obstante, es bueno reiterarla, ante las frecuentes reintroducciones de elementos inquisitorios premodernos como novedades posmodernas en la lucha contra reales o supuestos males cósmicos del mundo contemporáneo (es decir, emergencias penales). Por ello, formalmente, todos los sistemas procesales prevén la existencia del defensor y también se ocupan de proveer una defensa a quien no puede pagarla. También es sabido que la selectividad que caracteriza el reparto del poder punitivo en todo el mundo hace que la mayoría de los procesados se hallen en esa situación, con una tendencia franca a incrementar su número absoluto y relativo, en razón de la polarización de riqueza que provoca el acelerado naufragio de las clases medias urbanas.

Muchas razones históricas hacen que las disposiciones legales sean el medio menos adecuado para investigar la realidad en América Latina. Desde el colonialismo y la racionalización de las encomiendas (encargo a buen cristiano para que adoctrine a los indios en la fe) hasta las repúblicas oligárquicas del neocolonialismo (Constituciones liberales en realidades feudales), el deber ser y el ser, a lo largo de nuestra historia, casi nunca llegaron a consumar su proclamado matrimonio, la mayor parte de las veces por absoluta impotencia del primero. Nada muy diferente suele suceder con el derecho de defensa, garantizado a los menos poderosos mediante las defensas públicas.

Sólo puede considerarse satisfecha la exigencia de una defensa real, cuando los que tienen acceso a la defensa privada gozan de una defensa pública de igual calidad. Esto sería la satisfacción real del derecho de defensa de

los desapoderados y excluidos. En la práctica se la viola en diferente medida, es decir, desde el establecimiento de un funcionario al que se recarga de tareas de modo que su cumplimiento sea directamente imposible, y que se resigna a convertirse en un buzón de notificaciones que cumplimenta una formalidad, hasta servicios más o menos discretos, pero que no alcanzan el nivel de dedicación de las defensas de confianza.

Del grado de respeto o violación al derecho de defensa de los desapoderados, dependerá la efectividad o mera formalidad del principio acusatorio.

3. Algunas ideas para el acusatorio real

Si el proceso penal es un indicador político y el estado de derecho requiere el acusatorio, y si la eficacia de éste depende de la real satisfacción del derecho de defensa de los desapoderados, por carácter transitivo puede afirmarse que, *de la provisión de una defensa real, dependerá la satisfacción de una de las condiciones básicas de existencia del estado de derecho.*

a) Esta condición demanda una defensoría como cuerpo con estructura autónoma, con garantías análogas a las judiciales. Un defensor público no puede ser limitado en su deber de defensa por su pertenencia a una corporación en que puedan incidir presiones externas (especialmente del poder ejecutivo y de sus agencias, pero tampoco del poder judicial).

Uno de los más frecuentes errores estructurales de las defensorías oficiales es su pertenencia al poder judicial y, por ende, su autopercepción como parte de la corporación judicial. Esta pertenencia puede no incidir en forma abierta sobre la autonomía del ejercicio de la defensa, sino, lo que es más frecuente, hacerlo en forma de autocensura: el abogado defensor no puede autolimitarse en sus

expresiones ni en la interposición de todos los recursos (incluso supranacionales y denuncias ante los órganos competentes contra los jueces), por considerarse parte de una carrera en la que estaría afectando a sus *colegas* (o, lo que es aún peor, a sus *superiores*).

b) Es necesario, pues, pensar en defensorías como órganos paralelos al Ministerio Público de la acusación, fuera del ámbito del poder judicial y, por supuesto, de toda influencia del poder ejecutivo. Es menos perturbadora en este sentido la pertenencia al poder judicial del Ministerio Público de la defensa, pero la injerencia del poder ejecutivo o de sus agencias sobre cualquiera de ambos ministerios es, directamente, la tumba del acusatorio.

c) En cuanto a las atribuciones respecto de las policías, es correcto pensar en una policía judicial dependiente del Ministerio Público, pero, así como la acusación dispondría de un personal policial de investigación, también la defensa necesita disponer de personal que investigue para ella y que incluso pueda prestar servicios pagos a los defensores de confianza. Es una ficción que la investigación se hace siempre en búsqueda de la verdad: sin presuponer ninguna patología institucional (corrupción), es natural que la acusación disponga de todo lo necesario para llevar a cabo su función con éxito y, en ese empeño, es humanamente explicable que pierda de vista la verdad.

Pretender que la acusación busca la verdad procesal y nada más, olvidando su inclinación funcional, equivale a ignorar, en el plano real, naturales y explicables tendencias y deformaciones profesionales, como también pasar por alto el peligro de que la función policial pueda deglutir al propio ministerio de la acusación (como ha sucedido en algunos países), y, además, en el plano teórico, implica negar el acusatorio, poniendo funciones judiciales en manos de la acusación.

Las ficciones siempre son peligrosas cuando se trata del ejercicio o de la contención del poder punitivo y, por ello, siempre será preferible la sinceridad, que permite admitir que la acusación, por principio, investiga para acusar y, por ende, es necesario que alguien investigue para defender.

d) Sin duda que, para defender en juicio, es menester que el abogado se comunique con el procesado, en especial si se halla preso. Un abogado que se limita a actuar en la causa, pero que no puede responder a las inquietudes de su defendido y a quien ni siquiera puede entrevistar, aunque técnicamente haga lo correcto, deja a las personas en un estado de incertidumbre no poco deteriorante y que, con frecuencia, en países donde las prisiones preventivas se prolongan en violación del derecho internacional, son la causa más frecuente de violencia carcelaria.

e) El cumplimiento de la verdadera función de abogado exige, pues, la existencia no sólo de funcionarios técnicamente idóneos, sino también en número suficiente para el trabajo que se les encarga. Una sana medida sería que las defensorías celebrasen acuerdos con las universidades, estableciendo un sistema de pasantías que permitiese la atención del preso y la comunicación con éste y su familia, en diálogo permanente, por lo menos a cargo de pasantes responsables. Al mismo tiempo, permitiría entrenar estudiantes en la actividad defensora.

f) En muchos países se ha observado que no es conveniente que quien ejerce el Ministerio Público de la acusación pueda llegar a pasar la carrera judicial. Lo cierto es que los jueces, por regla general, se seleccionan entre quienes han sido funcionarios del poder judicial o del ministerio de la acusación. Si bien es discutible la conveniencia de carreras cerradas, sin duda que sería muy saludable que las defensorías públicas se jerarquicen y que los defensores fuesen apoyados por una organización que les

facilite los medios materiales y la tecnología, estimulándolos a perfeccionarse y, al tiempo que con ello desempeñasen mejor su ministerio, su nivel de técnico les permita competir en los concursos para jueces, al menos en pie de igualdad con los acusadores. Sería sumamente interesante que se estableciese esta sana competencia técnica entre los que provienen de la judicatura y los que lo hacen de la acusación y de la defensa. El resultado sería una equilibrada integración de la judicatura en cuanto a experiencias y entrenamiento previos de los magistrados, lo que es nada desdeñable.

g) Por último, todo cuerpo debe tener un ideal aglutinante en el desempeño de sus funciones manifiestas, tanto como un sentimiento de pertenencia, que sólo se logra con la práctica permanente en el marco de una institución consolidada y que fomente la solidaridad y la cooperación entre sus miembros. En la medida en que las defensorías públicas sean las hijas menores y descuidadas de poderes judiciales preocupados por las formas, pero carentes de realismo frente a sociedades fuertemente estratificadas, estos elementos no existirán y, por ende, el estado constitucional de derecho sufrirá los efectos devastadores de las pulsiones del estado de policía que, invariablemente, anida en su seno y aprovecha toda coyuntura para debilitarlo.

4. Conclusión

En síntesis, puede afirmarse que el indicador del grado de realización del estado de derecho en nuestra región está dado por la autonomía y el poder de la Defensoría Pública en comparación con las otras agencias del sistema penal. Poco importan códigos procesales acusatorios y jueces técnicamente formados, si carecen de defensa idónea quienes más la necesitan. Allí donde la Defensoría Pública es poco menos que una oficina virtual, donde abogados recargados con una misión de imposible cumplimiento se esfuerzan por tratar de hacer lo que pueden, olvidados por quienes prefieren disputar el poder y el presupuesto para otras agencias siempre más poderosas y mejor conceptuadas por una comunicación que explota y fomenta la venganza, desgraciadamente el estado de derecho será muy débil, si es que no ha sido reemplazado directamente por el poder arbitrario del estado policial. El estado de derecho sólo podrá considerarse mínimamente respetado cuando la defensa pública -que se ocupa de los menos poderosos o de los directamente desapoderados- tenga el mismo poder y la misma jerarquía que el ministerio de la acusación, pero, por supuesto, a condición de que sobre ninguno de ambos ponga su zarpa ninguna agencia ejecutiva. ♦

e n s a y o s



JUSTICIA PENAL Y DEFENSA PÚBLICA

la deuda pendiente

MARÍA FERNANDA LÓPEZ PULEIO

*Defensora Pública Oficial Adjunta de la
Defensoría General de la Nación Argentina.*

*"Defensores son uno de los tres estados por los que Dios quiso que se mantuviese el mundo;
pues bien así como los que ruegan a Dios por el pueblo son dichos oradores, y otrosí los que labran la tierra y hacen en ella aquellas
cosas por las que los hombres han de vivir y de mantenerse se llaman labradores, y otrosí los que han de defender a todos son dichos
defensores. Por ello los hombres que tal obra han de hacer tuvieron por bien los antiguos que fuesen muy escogidos;
y esto fue porque en defender yacen tres cosas: esfuerzo, honra y poderio"*

Alfonso X, el Sabio; Las siete partidas, P. II, T. 21

I. Por qué con la defensa pública se debaten contenidos esenciales al Estado de Derecho

No obstante existir en los últimos años un mayor nivel de conciencia sobre el estado crítico de los servicios de defensa pública de la región, pocas veces se ha considerado la incidencia de esta verdadera situación de quiebre en el marco del proceso penal, o atendido al diseño de alternativas superadoras de los propios modelos de servicio, que en general muestran una llamativa desconexión con las necesidades de la realidad.

La defensa en sede judicial de los derechos asume una significación mayor, ya que su consagración supone el acceso a la justicia en sentido amplio¹; con lo que la cuestión de igualdad ante la ley se traduce necesariamente en una cuestión de igualdad ante la justicia. Todavía más; por su carácter de norma de operativización, constituye el mecanismo jurídico de excepción para ejercer todos los derechos y garantías en el marco del proceso penal.

La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva expansión de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, ya que todos esos derechos fueron conquistados por movimientos revolucionarios contra antiguos regímenes más o menos absolutistas².

Los derechos "nacen" cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, ligado al progreso, crea una nueva amenaza para la libertad del individuo, o provoca nuevas necesidades que buscan ser satisfechas. Entonces, aquella amenaza se contrarresta con limitaciones al poder en el primer caso, y con intervenciones protectivas en el segundo. A la primera amenaza corresponden los derechos de libertad o de un no hacer por parte del Estado; a la segunda un hacer positivo por parte del mismo.³ Los derechos fundamentales se han afirmado siempre al hacerse patente una opresión o una discriminación que, en un cierto momento, se volvió intolerable. Y lo han hecho como *ley del más débil*, como alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia⁴.

1 El movimiento por el acceso a la justicia, como respuesta a la crisis del derecho y de la justicia, comprende un abordaje integral de reforma normativa e institucional, con especial atención a la dimensión social del problema. En este sentido, el derecho no es visto ya como un sistema separado, autónomo, autosuficiente, sino como parte integrante de un ordenamiento social, que muestra las peculiaridades de las personas, instituciones y procesos a través de los cuales el derecho vive: ver, por todos, CAPPELLETTI, Mauro: *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1994, pág 71 y sgtes.

2 FERRAJOLI, Luigi: *Garanzie*, en *Parolechiave* nro. 19, Ed. Donzelli, Roma, 1999, pág 27.

3 BOBBIO, Norberto: *L'età dei diritti*, Ed. Einaudi, Turin, 1990, págs. XV y XVI.

4 FERRAJOLI, Luigi: op. cit., pág. 28; "Del más fuerte físicamente, como en el estado de naturaleza hobbesiano; del más fuerte políticamente, como en los regímenes absolutistas, clericales o policiales; del más fuerte económicamente, como en el mercado capitalista; del más fuerte militarmente, como en la comunidad internacional".

El sentido teleológico-social del proceso penal, según su formulación actual, hace intolerable la omisión de la defensa en juicio; así, el interés social de realización de la justicia impone, ante la falta de un defensor de confianza del imputado, el mandato al juez para integrar y hacer actuar a la defensa pública⁵.

Ahora, y como punto de partida, es importante que se tenga en cuenta que el hecho de que hablemos de un defensor "público", no quiere significar –o no debería significar– que exista en relación a quienes ejercen la defensa "privada", y más allá del mecanismo de asignación, alguna diferencia sustancial para el cumplimiento de la función técnica. Sin embargo, y lejos de la obviedad, la comprensión diversa de ambas situaciones (a veces legislativa, a veces jurisdiccional, a veces de superintendencia del servicio, a veces sugerida por los medios de comunicación), no ha hecho más que sumar otro sufrimiento al imputado.

La reforma procesal penal iniciada en el último decenio en la mayoría de países latinoamericanos⁶, puso su acento principal en el nuevo e importante rol del ministerio público fiscal. Ahora bien, la circunstancia –que no por efectista deja de ser real– de que la defensa pública en estos mismos países deba cubrir elevados porcentajes de casos penales en relación a los totales tramitados, obliga también a evaluar la cuestión desde un ángulo diverso; si la titularidad que ejerce el ministerio público fiscal sobre la acción penal torna imprescindible, a fin de garantizar la síntesis de justicia y permitir la irrupción "no viciada" de la verdad material, la existencia de una contrafuerza como exigencia

de equilibrio, no podrá afirmarse que existe "igualdad de armas" en el marco del proceso, cuando quien debe asumir la defensa técnica de una porción sustancial de casos, no cuenta con los elementos mínimos para asegurar el contradictorio exigido por el ordenamiento.⁷

Por eso, y como bien señala Paolo Ferrua, la paradoja es esta: se percibe y se lamenta la carencia del contradictorio, pero se rechaza intervenir sobre las disposiciones que lo sacrifican. No es tanto la paridad sino el equilibrio lo que se está garantizado entre las partes, entendido como idoneidad de los poderes defensivos para contrabalancear aquellos de la acusación; y " la paridad que aquí tiene relieve, necesaria para salvaguardar el equilibrio, es aquella siempre descuidada, entre el imputado pobre y el imputado que puede retribuir al defensor", tema sobre el cual se calla e, irónicamente, se oculta de manera inescrupulosa.⁸ Piénsese en la notoria desigualdad que resultaría de un proceso penal donde el acusador público, representado por un abogado, tiene por contendiente a un imputado indigente que al ser pobre no puede nombrar abogado y entonces intenta representarse a sí mismo.

La circunstancia reseñada sobre el creciente nivel de cobertura de los servicios de Defensa Pública en la región, otorga un nuevo giro a la problemática de la misma administración de justicia. Por caso, cuando nuestros ordenamientos regulan en específico el instituto de la defensa técnica lo hacen pensando en la figura del defensor de confianza, lo que es lógico, porque la defensa pública sólo interviene en forma subsidiaria ("última reserva de la

5 Salvo los casos de autodefensa permitidos.

6 En prácticamente toda Latinoamérica se había manifestado decididamente una política criminal que confió al proceso (y a la discrecionalidad judicial) toda función de control penal estatal, con lo que las limitaciones al mismo, impuestas por las normas materiales y constitucionales, perdieron su eficacia.

7 En palabras de Luigi FERRAJOLI: *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1989, págs. 629 y 630: "Esta concepción del proceso como contienda...expresa los valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica...de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado". "Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria...la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio".

8 FERRUA, Paolo: *Studi sul Processo Penale, III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Ed. Giappichelli, Torino, 1998, págs. 103 y stes; quien enfatiza sobre "la ironía" del cual parte el análisis del derecho de defensa del imputado, que atiende sólo a la asimetría respecto a las funciones de la acusación.

defensa*). Pero en algunos aspectos esos mismos ordenamientos, desconectados de la realidad de los tribunales, repiten esquemas jurídicos (vgr. en la forma de regulación de casos de renuncia-abandono de la defensa técnica) cuya solución normativa es insatisfactoria para la justicia en su conjunto⁹.

Y es a través del principio de contradicción que se cumple con la estricta jurisdiccionalidad del juicio. La confrontación entre acusación y defensa está garantizada normativamente, además de por la separación entre juez y acusación, por el control y participación del acusado en la actividad de formación y discusión de las pruebas, que sólo pueden garantizarse mediante su *defensa técnica (nulla probatio sine defensione)*.

Entonces, de poco sirve que los códigos mejoren la posición del imputado en aspectos determinados del proceso, con la consabida finalidad de instaurar una relación de equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y el respeto por las garantías que lo sustentan, si la pretendida igualdad de posiciones queda inoculada ante la imposibilidad real de hacerla efectiva. Y es claro que la legitimidad misma del contradictorio descansa en la necesaria paridad de los contradictores.

En ese sentido, la relación con el grado de garantismo es decididamente alto si se atiende a los principios establecidos en las respectivas

constituciones, mientras que desciende a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. "Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas –es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo".¹⁰

Las diversas normas de protección suelen referirse al derecho de defensa según su característica en una situación procesal de paridad con el acusador público, garantizándose el contradictorio de *inviolable*¹¹. Para el imputado ello supone, como contenido mínimo¹² el derecho a conocer en forma detallada la imputación en su contra; el de ser oído expresándose libremente sobre los extremos de aquella imputación; el de la existencia de necesaria correlación entre la imputación y el fallo; el de poder controlar la prueba de cargo, producir prueba de descargo, y valorar la prueba producida para obtener del tribunal una sentencia favorable; finalmente, el derecho a la asistencia jurídica letrada, todo a fin de encontrarse en una situación procesal de paridad con el acusador público, garantizándose el contradictorio.¹³

9 La situación se relaciona en general con el diseño de mecanismos de protección contra la indefensión, con la respuesta judicial ante presentaciones *in forma pauperis* de los imputados, y con el cambio del defensor técnico en una etapa más avanzada de la preliminar del proceso. En este último caso se produce una nueva afluencia de casos a la defensa pública que toma noticia de los mismos coetáneamente a la celebración de la audiencia de juicio, sin tiempo para la preparación de una defensa eficiente.

10 FERRAJOLI, Luigi: op. cit., pág. 892.

11 La circunstancia de que el término "inviolable" deba necesariamente integrarse, ha provocado críticas en relación a su uso en las constituciones, si no va acompañado de las estructuras idóneas para la salvaguarda del derecho de defensa ni de las garantías que lo componen; ver en este sentido FERRUA, Paolo: op. cit., pág. 107.

12 Ya que el derecho internacional sobre protección de derechos humanos señala la normativa a la cual deben ceñirse los Estados parte, que no pueden dictar normas por debajo de sus disposiciones.

13 El 23 de noviembre de 1999 se introdujo una importante modificación en la Constitución Italiana, al disponer su artículo 111 (sobre "Giusto processo"), que todo proceso se desarrolla según el contradictorio entre las partes "in condizioni di parità", y que "En el proceso penal, la ley asegura que la persona acusada de un delito sea, en el tiempo más breve posible, informada en forma reservada de la naturaleza y de los motivos de la acusación elevada a su cargo; disponga del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa; tenga la facultad, delante del juez, de interrogar o de hacer interrogar a las personas que realizan declaraciones de cargo, de obtener la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa, en las mismas condiciones de la acusación y la adquisición de cualquier otro medio de prueba a su favor...el proceso penal es regulado por el principio del contradictorio en la formación de la prueba. La culpabilidad del imputado no puede ser probada sobre la base de declaraciones rendidas por quien, por libre elección, se ha sustraído voluntariamente al interrogatorio de parte del imputado o de su defensor. La ley regula los casos en los cuales la formación de la prueba no tiene lugar en contradictorio por consenso del imputado o por verificada imposibilidad de naturaleza objetiva o por efecto de probada conducta ilícita.":

	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS	CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS
AUDIENCIA	Art. 10: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente... para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".	Art. 8: "Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías..."	Art. 6.1: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea examinada en condiciones equitativas y públicamente..."	Art. 14.1: "Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías".
IMPUTACIÓN	Art. 11.1: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a... que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".	Art. 8.2.b): "... comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada".	Art. 5.2 : "Toda persona arrestada debe ser informada inmediatamente... de la naturaleza y de los motivos del arresto y de cada acusación elevada a su cargo".	Art. 14.3.a): "...derecho a ser informada, en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella".
DEFENSA MATERIAL Y TÉCNICA		Art. 8.2.d): "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" Art. 8.2.e): "Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley".	Art. 6.3 c) "...derecho a defenderse personalmente o tener la asistencia de un defensor de su elección y, si no tiene los medios para contribuir a un defensor, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando lo exijan los intereses de la justicia."	Art. 14..3.b): "A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección" Art. 14.3.d): "A... defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo".
GARANTÍA CONTRA LA AUTO INCRIMINACIÓN		Art. 8.2.g): "Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable". Art.3: "La confesión del imputado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza".		Art. 14.3.g): "A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable".
CONTROL DE LA PRUEBA DE CARGO Y DERECHO DE PRODUCIR PRUEBA		Art. 8.2.f): "Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos".	Art. 6.3 d): "...derecho a examinar o hacer examinar a los testigos de cargo y de obtener la convocatoria y el examen de los testigos de descargo en las mismas condiciones de los testigos de cargo".	Art. 14.3.e): "A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo".

El derecho a la asistencia jurídica de un abogado, que tiene el imputado en causa penal, es omnicompreensiva de su derecho a contar con un defensor técnico que interviene en forma independiente en el proceso procurando a su favor.¹⁴ Por otra parte, la garantía es operativa desde el primer acto de la persecución penal dirigida en contra del imputado, y hasta su total separación del sistema penal de reacción, lo que incluye –claro está– el procedimiento de ejecución de la pena o de la medida de seguridad y corrección¹⁵; esto exige una intervención activa del defensor técnico en todo acto o situación de donde pueda derivarse un perjuicio para el imputado.

Pero la vigencia de los distintos elementos que garantizan la defensa del acusado no puede resolverse mediante el solo enunciado de fórmulas genéricas. Los sistemas jurídicos no pueden comportarse como meras asignaciones de “gracias formales”; por eso, todo análisis del tema parte de un enunciado básico: el entendimiento de que no podrá considerarse satisfecha la “prestación” del servicio con la mera asignación formal de un abogado para asistir al imputado; antes bien, deberá atenderse a la forma y a los instrumentos de los que se vale el modelo de asistencia, para que aquella actuación en el marco del proceso penal, cumplimente los requisitos de una defensa penal eficiente.

Entonces, el desempeño de los defensores públicos tiene relación directa con el derecho de igualdad ante la ley y ante la justicia; y el nivel de adecuación del sistema de defensa publica a las exigencias de la inviolabilidad del derecho de defensa, tendrá relación directa con

el nivel de respeto al Estado de Derecho en la administración de justicia penal.

II. La asistencia jurídica “pública” y la naturaleza del derecho comprometido

II.1. Conceptualización del *derecho a la asistencia jurídica efectiva* en el proceso penal

Según la caracterización realizada, los *derechos fundamentales* consisten en expectativas negativas o positivas, a las que corresponden igualmente prohibiciones (de lesión), u obligaciones (de prestación). Es decir, los denominados derechos de libertad, que son *derechos de*, a los que corresponden prohibiciones (o deberes públicos de no hacer), por lo que se definen como derechos negativos (de dejar vivir y de dejar hacer); y los derechos sociales, que son *derechos a*, a los que corresponden obligaciones o prestaciones (o deberes públicos de hacer), por lo que se definen como derechos positivos. Entonces, la *garantía* es la prohibición (de lesión), u obligación (de prestación) correspondiente al derecho subjetivo; así, las garantías serán también positivas o negativas, según que resulte positiva o negativa la expectativa garantizada.¹⁶

Las *garantías primarias* o sustanciales serían las garantías consistentes en las obligaciones o prestaciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. A su vez, *garantías secundarias* o jurisdiccionales, las exigidas a los órganos judiciales para aplicar la sanción o declarar la nulidad, al constatar,

14 Ver en KOSTORIS, Roberto E: *La rappresentanza del imputato*, Ed. Giuffrè, Milán, 1986, y en CARULLI, Nicola: *La difesa del imputato*, 4ta. Edición, Ed. Jovene, Napoli, 1985, las distintas acepciones de uso de los términos “defensa”, “asistencia” y “representación”, y las particularidades que presentan en el proceso penal.

15 Ver, por todos, en MAIER, Julio B. J.: *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, págs. 547 y sgtes, acerca del momento a partir de cuando, y hasta cuando –con su respectiva evolución legislativa– el imputado goza del derecho de defensa penal. En este sentido, el movimiento reformista del proceso penal en Latinoamérica de esta última década, ha puesto un acento principal en esta cuestión. En realidad, como indica Maier, todas las garantías constitucionales se ponen en funcionamiento desde el mismo momento que una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes para la persecución penal, pues es a partir de ese momento que peligra su seguridad individual ante la aplicación del poder penal estatal, pudiendo, entonces, resistir al poder penal mediante el ejercicio de las facultades que se le reconocen.

16 Para una explicación analítica de las nociones de “derecho subjetivo” y de “garantía”, ver FERRAJOLI, Luigi: *Expectativas y garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del derecho*, trad. Castellana de A. Ródenas y J. Ruiz Manero, *Doxa*, nro. 20, Alicante, 1997; y en FERRAJOLI, Luigi; *Derechos y Garantías*, cit., pág. 43, y *Garanzie*, cit., págs. 18 y sgtes.

en el primer caso, actos ilícitos; y en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos, y con ellos sus correspondientes garantías primarias.¹⁷

Ahora, y en lo que aquí interesa, en tanto se hayan positivamente estipulado derechos, cualquier "defecto" en su garantía no puede hacer desaparecer el reconocimiento positivo de los primeros; y menos, quitarle implicancia a su afectación¹⁸.

Por eso el sistema en su conjunto deberá atender a su *efectividad primaria*, en cuanto a la observancia de las normas (y garantías) primarias; y a una *efectividad secundaria* o jurisdiccional¹⁹, a propósito de la puesta en funcionamiento de los mecanismos de invalidación procesal, y en nuestro caso particular, para los mecanismos procesales previstos ante situaciones de indefensión.

Lo anterior, deriva en que el deber de proveer de asistencia técnica letrada *eficiente* a los imputados en causa penal, representaría así una *garantía primaria o sustancial*, en tanto permite ejercer en su integridad el "derecho de" defensa penal, del cual es parte integrante el "derecho a" la asistencia letrada.

Ahora, ¿cómo se define este derecho a la asistencia jurídica eficiente en causa penal? ¿De qué mecanismos se vale para su efectivización?

Si se toma como un criterio definidor del tipo de derecho el contenido de la obligación que entraña, en los derechos civiles o individuales el contenido de la obligación consistirá en un "no hacer nada" que comprometa el ejercicio

de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado; en cambio en los derechos sociales el contenido de la obligación, al ser de carácter positivo, consistirá -en general- en brindar una "prestación" (bienes o servicios).²⁰ Y entre los derechos prestacionales en sentido amplio, según la definición de Robert Alexy²¹, (y aunque no siempre a todos se los califique como "sociales") es factible ubicar a los derechos que implican "prestaciones jurídicas", como los derechos de protección, organización y procedimiento.

¿En qué medida la igualdad material puede habilitar pretensiones concretas e inmediatamente exigibles? ¿pueden las exigencias de igualdad sustancial fundamentar una posición análoga a las que proporcionan las exigencias de igualdad formal? La igualdad formal opera de una manera muy diversa a como lo hace la igualdad material. Ello porque la primera se traduce en una exigencia negativa que se acomoda bien a la propia naturaleza del tribunal; ya que cuando éste declara que una ley o sentencia viola la igualdad ante la ley, sólo desempeña una función de anulación o supresión y depuración del ordenamiento, pero reconocer que alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material, implica una tarea positiva donde el tribunal debe crear la norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho²²; y además, no siempre alcanza resultados concretos en el ámbito judicial, porque el juez suele carecer de los instrumentos para efectivizarla.

Pero "cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional... las pretensiones de igualdad material

17 Sigo en esto a Luigi FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y Garantías*, cit. pág. 43.

18 Frente a la tesis de "confusión" entre derechos y garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, se sostiene la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de la garantía equivale a una inobservancia de los derechos estipulados, por lo que consiste en una indebididad que debe ser colmada por vía legislativa. Lo dicho tiene especial implicancia para el aseguramiento de derechos sociales. Ver FERRAJOLI, Luigi: op. cit., pág. 43.

19 Ver FERRAJOLI, Luigi, *Garanzie*, cit., pág. 18.

20 Ver PIETRO SANCHIS, Luis: *Los derechos sociales y el principio de igualdad*; en CARBONELL, Miguel; CRUZ PARCERO, Juan A.; VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores): *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pág. 21.

21 ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 435 ysgtes.

22 Conf. PIETRO SANCHIS, Luis: op. cit., pág. 41.

puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental²³. Y esto ocurre cuando el cumplimiento de una garantía genera una exigencia de igualdad material traducible en una prestación: es exactamente lo que ocurre con el derecho de defensa efectiva y la necesaria asistencia de un letrado en causa penal.

La naturaleza especial del derecho de defensa penal y su contenido complejo no pueden hacer olvidar que, en tanto derecho fundamental -y considerado en relación a su ejercicio inviolable-, consiste en toda posibilidad que tiene el imputado de alegar y aún acreditar cualquier circunstancia que pueda alterar o excluir su eventual responsabilidad penal. Entonces, en cuanto protección de esa inviolabilidad es un “derecho de” al que corresponde igualmente la prohibición de su lesión.

Pero ahora, si se considera como un elemento fundamental de su propia inviolabilidad la expectativa del imputado de contar con una asistencia técnica efectiva (“derecho a”); al que corresponde una obligación de prestación –deber público de hacer-, entonces el deber del Estado de garantizar esa asistencia letrada efectiva en el proceso penal, es una obligación positiva, pero para los fines, o integrada a una obligación negativa (no violación del derecho de defensa).

La definición no carece de implicancias; porque cuando el Estado no puede asegurar o garantizar una prestación eficiente del servicio público de defensa penal, se estará violando directamente el derecho de defensa del imputado en el proceso penal²⁴, por lo que deberán activarse los mecanismos previstos en el propio ordenamiento adjetivo para remediar la situación; no pudiendo argumentarse ante cualquier falencia en el cumplimiento efectivo de la función a cargo del defensor público asignado, que la situación es ajena al ámbito de contralor²⁵ y decisión jurisdiccional.

La preocupación por poner el acento en la necesaria efectivización del derecho de defensa, ha derivado en que algunos autores prefieran conceptualizar a la defensa en juicio a partir de su función como *garantía constitucional*²⁶. Pero una cosa son los derechos y otros los mecanismos utilizados para su protección. Como se anotó, lo importante -en todo casos que en todo análisis de la estructura dogmática del derecho de defensa se enfatice sobre la necesidad de su protección y tutela; y la distinción entre derechos y garantías adquiere relevancia, sobre todo, ante la ausencia o deficiencia de estas últimas.

23 Conf. PIETRO SANCHÍS, Luis; op. cit., pág. 40.

24 En sentido similar, pero partiendo de diversa razón justificante, PECES-BARBA, Gregorio; *Derechos Fundamentales*, Ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980, págs. 104 y 105, así: “En la evolución histórica de los derechos fundamentales se puede apreciar que existen derechos civiles... donde se exige al Estado una acción positiva, y que suponen por consiguiente un auténtico derecho de crédito frente a éste por parte de su titular (por ejemplo, el derecho civil a la asistencia letrada, situado en el ámbito del derecho a la seguridad jurídica y a las garantías procesales, donde el Estado tiene que realizar la acción positiva de nombrar un abogado de oficio para que defienda al procesado o inculpaado que no lo haga voluntariamente)”.

25 Claro está que esta obligación de contralor del Poder Judicial no es excluyente del contralor que igualmente corresponde a los organismos que tienen a su cargo la prestación del servicio o algún ámbito de control sobre el mismo, e incluso, la que corresponde al Congreso en tanto asigna competencias funcionales y brinda los instrumentos de cobertura. El reparto de responsabilidades dependerá, como se verá, del modelo de prestación del servicio por el cual se opte en cada caso.

26 Ver, por todos, CAROCCA PÉREZ, Alex; *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 53 y sgtes. En esta investigación integral sobre la defensa procesal, el autor, partiendo de una crítica a la conceptualización de la defensa como un derecho público subjetivo –en su formulación clásica-, entiende que siendo lo esencial de todas aquellas construcciones teóricas el que se dirijan a lograr el establecimiento de resguardos o garantías, utilizando diversos instrumentos técnicos a favor de las personas, es más apropiado denominarlos garantías constitucionales. En su opinión, el concepto “derecho público subjetivo” no es favorable a una mejor comprensión de los fenómenos jurídicos-políticos; y estas dificultades se explican porque el surgimiento de la categoría, a fines del siglo XIX, basada en los esquemas del Estado liberal de Derecho, tenía por objeto preservar esferas de libertad individual contrapuestas o limitadoras a la actividad del Estado, esquema que pierde su sentido (con cita de PÉREZ LUÑO, Antonio; *Delimitación conceptual de los derechos humanos*, pág. 27 y sgtes, en CASCAJO CASTRO, José Luis; DE CASTRO CID, Benito; GÓMEZ TORRES, Carmelo y PÉREZ LUÑO, Antonio; *Los Derechos Humanos. Significación. Estatuto Jurídico y Sistema*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pág. 24 y sgtes.) al hallarse superada por la propia dinámica económica-social de nuestro tiempo, en el que el disfrute de cualquier derecho fundamental exige una política jurídica activa –y en la mayor parte de las cuestiones también económica- por parte de los poderes públicos.

II.2. La defensa del imputado y el *status* del defensor técnico

Perteneciendo al imputado la titularidad del derecho de defensa, y el amparo de su garantía, deviene su facultad para intervenir ampliamente en el procedimiento penal donde se decidirá sobre una eventual reacción contra él, posibilitándole el despliegue de todas las actividades que resulten indicadas para evitar o atenuar la consecuencia jurídica posible en relación a la imputación efectuada.

Una característica distintiva de este derecho es su ejercicio dual: lo ejercita el propio imputado, pero también su abogado defensor. Concurren así dos sujetos procesales; el primero en virtud de su defensa material, el segundo llevando a cabo la defensa técnica o formal²⁷; entendiendo por defensa material la suma de actividades a través de las cuales el imputado contribuye personalmente a la reconstrucción del hecho y a la individualización de la consecuencia jurídica, y por defensa técnica, la asistencia brindada al imputado por un defensor abogado, que desarrolla su propia función en el procedimiento, invocando a favor de aquél.²⁸ Al defensor competen los derechos, poderes y facultades del imputado, salvo los actos personales reservados a éste.

Ahora bien, la circunstancia de que se considere, como una particularidad del procedimiento penal la *obligatoriedad* de la defensa técnica –excepción hecha de los limitados casos de autodefensa permitidos–, y que aquella sea establecida como un requisito de validez del procedimiento²⁹, provoca importantes consecuencias prácticas.

Diversos han sido los argumentos ofrecidos para fundamentar la anterior disposición; desde que el imputado “es portador de intereses personales que no conllevan la necesaria serenidad para argumentar racionalmente las propias razones defensivas³⁰; que “un abogado suplente la psicología inferior del imputado, el que se encuentra bajo la coerción moral del Ministerio Público³¹; y que, en definitiva, “se necesita en el procedimiento un sujeto capacitado para dedicarse a las cuestiones que la realidad procesal plantea, no siendo siempre la persona directamente interesada, lo suficientemente preparada en el conocimiento de las leyes y en la experiencia en el campo procesal, sin contar que una conducta procesal puede encontrar un obstáculo en su mismo componente emotivo, que caracteriza la participación personal en el proceso”.³²

Pero todo debate sobre la cuestión no puede verse desconectado de la comprensión sobre el carácter de la función desempeñada por el abogado defensor en el procedimiento penal, y sobre el tipo de relación que lo une al imputado. La propia historia del derecho procesal penal se explica a través de estos parámetros, porque la evolución del proceso tiene que ver con las diversas transformaciones en la situación jurídica del imputado, pero sobre todo, porque aquella relación, y su reflejo en el marco del procedimiento, ofrecen la mejor imagen del sentido de respeto -o de su brutal ignominia- de la dignidad del hombre.

Sólo a partir del proceso imperial en la antigua Roma, que instauró la escritura y el secreto de la instrucción, comenzó a limitarse la actuación del abogado defensor. Hasta ese entonces, al imputado se le había reconocido con amplitud

27 La distinción entre “defensa material” y defensa técnica” es doctrinaria; pero de utilidad para delimitar los eventuales ámbitos de actuación del imputado y de su abogado defensor, en tanto sujetos autónomos.

28 Para un tratamiento completo de los elementos de cada una, ver UBERTIS, Giulio; *Principi di Procedura Penale Europea*, Raffaello Cortina Editore, Milán, 2000, págs. 40 y sgtes.

29 Ver VELEZ MARICONDE, Alfredo; *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, pág. 373. Para MAIER, Julio B.J.; op. cit., pág. 555 “...el respeto a la inviolabilidad de la defensa no tolera la ausencia de un defensor al lado del imputado, en la primera oportunidad pero en todo caso antes de la declaración del imputado”; Lo resaltado es el contenido de la fórmula normativa que han venido usando la mayoría de los códigos procesales penales de Latinoamérica.

30 FAVINO, Luigi; *Sulla eccezionalità della “autodifesa”*; Rivista Penale 1980 pág. 691.

31 En VELEZ MARICONDE, Alfredo; op. cit., pág. 380, citando la opinión de BENNECKE-BELING.

32 CHIAVARI, Mario; *Processo e garanzie della persona, II. Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milán, 1984, págs. 135 y 136.

su derecho de defensa, el cual ejerció de manera individual por un tiempo, hasta que necesitó de un orador experto y hábil que lo asistiera, que realizaba su cometido sin ninguna limitación. Sin embargo, en Atenas durante un período no le fué permitido al imputado defenderse por abogados.³³

En el sistema inquisitivo, en la etapa denominada por Franco Cordero "terapia inquisitoria" -por la labor introspectiva sobre "el paciente" para arrancarle la verdad³⁴- la pérdida para el imputado de la calidad de *parte* procesal, y su transformación en mero objeto de un procedimiento secreto, tuvo evidente impacto en la actuación del defensor.

La defensa sufrió así su destino anunciado: fué prohibida expresamente la intervención del defensor. Las Ordenanzas francesas de 1498 y 1539 negaron su participación al determinar el secreto del procedimiento, mientras que la tristemente célebre Ordenanza Criminal de 1670 directamente eliminó cualquier tipo de actuación, al establecer que los acusados debían "*responder por su boca y sin la asistencia y el ministerio de otras personas*".³⁵ En términos similares, y con iguales motivos justificantes, el *Codex Uris Bavarici Criminales* de Kreittmayr, de 1751, y la Ordenación Judicial Criminal Austríaca de 1788 no incluyeron la participación del defensor en el proceso penal.³⁶ Ya en 1780, en Prusia, se suprimieron los abogados por decreto real: "*Va contra la naturaleza de las cosas que las partes no sean directamente escuchadas por el juez en sus demandas y*

quejas, sino que se vean precisadas a hacer valer sus necesidades a través de un abogado pagado..."³⁷

En el modelo inquisitivo, en un esquema ausente de humanidad, la lógica no admite reparos: la "verdad" es equivalente a la confesión; la verdad debe ser buscada intensamente por un órgano digno de la mayor confianza -el tribunal de inquisición-; la participación de otros organismos en la búsqueda de la verdad, y cualquier forma de garantía en el proceso, sólo pueden ser considerados "obstáculos inadmisibles"; si un órgano digno de toda confianza busca la verdad que es accesible, entonces, ¿para qué el inculpado necesita un defensor?³⁸ Con la verdad se pondrá de manifiesto su inocencia.³⁹ Ergo, el defensor representa un "obstáculo inadmisibles".

La limitación, o la virtual eliminación, del derecho del imputado a designar un abogado en juicio criminal tuvo implicaciones diversas. Las "soluciones" procesales a la situación creada, no podrían haber sido más imaginativas: así, los procedimientos eclesiásticos los usan como agentes del sistema: "a veces sirven los abogados para que el reo pueda defenderse...y jurar que defenderá con buena fe la causa usando sólo argumentos serios; no bien descubra que el defendido es culpable, lo inducirá a confesar; si no logra obtener la confesión, desistirá de la defensa, revelando todo aquello que ha tenido conocimiento"⁴⁰, el abogado es así visto "como infame, digno del castigo más

33 LION, A.: Voz "Difesa" en *Digesto Italiano*, Vol IX, parte segunda, pág. 321, citado por VELEZ MARICONDE, A.: op. cit., pág. 373. Luego se impusieron límites a las formas y duración de las intervenciones.

34 CORDERO, Franco: *Procedura Penale, seconda edizione*, Giuffrè, Milano, 1993; en su trad. al castellano: *Procedimiento Penal*, T. I, por Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá, 2000, pág. 239.

35 Art. 8, título XIV.

36 Ver GOESSEL, Karl Heinz: *El defensor en el proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, pág. 11.

37 GOESSEL, Karl Heinz, op. cit., pág. 3. En Prusia, ya en 1713, se había dictado el "*Mantelerlass*", que imponía a los abogados la obligación de usar, incluso en su vida privada, un gabán negro, para que pudieran ser reconocidos desde lejos, y así poder liberarse de ellos.

38 VARGHA, en *Die Verteidigung in Strafsachen*, 1879, se ocupa expresamente de la incidencia que ha tenido la estructura del proceso penal para con la posición del defensor, y la dependencia de este último de las finalidades del primero. En sus palabras, "se había caído en la obsesión de considerar el mal estado jurídico como consecuencia de los malos abogados" mientras que en verdad el pésimo derecho procesal se ponía de manifiesto en una miserable abogacía; cit. por GOESSEL, Karl Heinz: op. cit., págs. 8, 10 y 11 y 14.

39 Si se admitía la actuación de un abogado, debían quedar excluidos de su participación los delitos más graves, como la brujería, alta traición, robo; permitiéndose la defensa técnica, por vía de excepción, en casos como los de peculado, concusión y bancarrota. Ver GOESSEL, Karl Heinz, op. cit., pág. 12, y VELEZ MARICONDE, Alfredo: op. cit., pág. 375.

40 En *Aedibus Populi Romani*, anno jubilaei, 1575 (3ª. Ed.), cit. en CORDERO, Franco, op. cit., pág. 239. Además, las entrevistas entre abogado y defendido, debían llevarse a cabo delante del juez.

severo, el que sabiendo tener un cliente culpable, de todos modos lo defiende"⁴¹; o como en el Codex de Kreittmayr, donde se ordena explícitamente que el juez debe asumir *ex officio* el puesto del abogado⁴², disposición que, extrañamente, trae al recuerdo otra norma aplicable al ámbito latinoamericano, que partía -no obstante- de disímiles argumentos justificantes: la que otorgaba a los fiscales, durante un período del derecho indiano, las funciones relativas a la defensa de los indios en juicio. Todavía más, en virtud de los "Innumerables daños" que los letrados habían ocasionado a los indios en América, en 1589 el rey Felipe II ordena castigar con cien azotes a quienes consulten a un abogado.⁴³

En efecto, desde mediados del siglo XVI la Corona Española muestra una evidente disposición a otorgar a los fiscales funciones de defensa en juicio de los indios. En 1554 se ordena al presidente y oidores de Nueva Granada que provean "cómo el fiscal...tenga cargo de los pleitos de los indios pobres...". La defensa de los indios, y especialmente la investigación y persecución de los atropellos contra su libertad, figuran entre los principales problemas que enfrentaba la monarquía española en América. Ya en 1516, en un memorial para el cardenal Francisco Jiménez de Cisneros, regente del reino, Bartolomé de Las Casas esboza un plan de gobierno para las Indias que prevé la designación de un protector de indios. Ese mismo año de Las Casas es nombrado "Procurador o Protector de todos los indios de las Indias". En 1530 la reina expide una "Providencia acordada" para definir el uso y ejercicio del cargo, debido a los conflictos de competencia y las dudas sobre sus facultades jurisdiccionales. Así se determina que los protectores y sus lugar-

tenientes no pueden, por otra parte, conocer de ninguna causa criminal, recortándose sus flamantes potestades protectoras. En 1550, cuando la institución se laiciza, los protectores -generales y particulares- se convierten en representantes legales de los indios en juicio. El rey instruye a la audiencia de México para que nombre "una persona de calidad recta y de buena conciencia, y celosa del servicio de Dios y del bien de los naturales... que sea procurador general de los indios", porque "*los indios carecen de libertad y de sabiduría para... pedir y seguir su derecho*", y la Audiencia debe pregonar dicho nombramiento para que los indios "entiendan y sepan que tienen procurador general"⁴⁴

Poco tiempo después, la tendencia de asignar competencia a los fiscales en aquellos negocios en los que palpita un interés de orden público se concreta en la atribución de determinadas funciones a los fiscales en esta materia. En 1582 el monarca reprueba la creación de tantos oficios de protectores, y ordena a los presidentes y oidores de las audiencias indianas quiten cuantos protectores haya en el distrito, debiendo éstos ampararlos y el fiscal defenderlos. Pero en 1590 se pone de manifiesto que los indios no acuden a los fiscales, que éstos estaban demasiado ocupados como para protegerlos, por lo que "*sería muy conveniente que se pusiese un defensor general, a quien los indios acudieran con sus causas*".⁴⁵

Así se reestablece el oficio de los protectores, tomando el nombre de "protector fiscal" (y hasta prohibiéndose la asistencia de otros letrados), hasta que en 1761 se ordena nuevamente la supresión del protector y se atribuye al fiscal audiencial la responsabilidad

41 En el *Sacro Arsenal o también práctica del oficio de la Santa Inquisición*, fechado el 12 de abril de 1679, 410 (275), cit. en CORDERO, Franco, op. cit., pág. 240.

42 ARMBRUSTER: *Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen*, 1980, cit. en GOESSEL, Karl Heinz, op. cit., pág. 12.

43 Ver SUAREZ, Santiago Gerardo: *Los fiscales indios. Origen y evolución del Ministerio Público*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, nro. 227, Colección Fuentes para la historia colonial de Venezuela, Caracas 1995, pág. 285. Pero ello no significaba que no tuvieran un "defensor" en sus causas; oficio que recaería en los flamantes cargos de "protectores-fiscales".

44 ENCINAS, Diego de: *Cedulario Indiano*, IV, rep. Facsimil de la ed. de 1576, Madrid, 1945-1946, págs. 375, 376.

45 Solicitud al rey de parte del Obispo de México, Luis de Velasco, en BAYLE, Constantino: *El protector de indios*, en Anuario de Estudios Americanos, II, Madrid, 1945, págs. 99-100.

de defender a los indígenas. La "Instrucción de regentes" de 1776 asigna al fiscal del crimen el oficio de protector de naturales. Si el fiscal del crimen, en el ejercicio de su cargo de protector se encontrare imposibilitado de acusar a los indios en las causas seguidas contra ellos, la acusación correría a cargo del fiscal en lo civil, o se designaba un abogado para que defiende a aquellos (Real Cédula de 1792).⁴⁶

Pero retomando los efectos provocados por el procedimiento inquisitivo, lo cierto es que el mismo sistema inquisitivo también coadyuvó al defensor a pervertirse, y en cierta manera a autoeliminarse. Como señala Goessel, era éste el último peligro de sistema, igualmente convertido en realidad⁴⁷. Muchos abogados, constanciados con la necesidad de perseguir la verdad objetiva, establecieron un compromiso superior con la administración de justicia antes que con las necesidades de su representado.

Fue precisamente con las reformas ilustradas cuando la defensa técnica, reducida durante siglos por la inquisición, asumió la forma moderna de la asistencia legal obligatoria.⁴⁸

Debió esperarse hasta la Revolución Francesa⁴⁹ para que se aboliera definitivamente la prohibición de intervención del defensor técnico; y para que se echara luz sobre los presupuestos de intervención de la misma. En su discurso del 14 de diciembre, en el seno de la Asamblea Constituyente de 1790, decía Robespierre⁵⁰:

"Ahora, ¿a quién pertenece el derecho de defender los intereses de los ciudadanos? A ellos mismos, este es el derecho más sagrado, el más imprescindible de todos, es

el derecho de la defensa natural.

Si no es consentido a mi mismo defender mi vida, mi libertad, mi honor, mi fortuna, o bien recurriendo a quien considero el más probo, el más iluminado, el más fiel a mis intereses...entonces Ustedes violan al mismo tiempo la ley sagrada de la naturaleza y de la justicia, y todas las nociones del orden social."

En ese mismo discurso, que abarcaba en plenitud la tarea de la reforma del ordenamiento judicial, se preveía también el patrocinio legal "de oficio" y en forma gratuita.

A pesar de que desde la Revolución Francesa se sentó el principio de que no es posible negar a los acusados la asistencia de un defensor de libre elección, y de la redacción prácticamente "copiada" que tienen las Convenciones Internacionales sobre protección de Derechos Humanos en relación a la redacción propuesta por Robespierre: "*Derecho a defenderse personalmente o tener la asistencia de un defensor de su elección*" -Art. 8.2.d) CADH; Art. 6.3.c) CEDH; Art. 14.3.d) PIDCyP-, el derecho procesal penal de nuestros días siguió ofreciendo muestras de limitaciones al mismo. Concretamente en Alemania, con el fin de obtener un instrumento idóneo para la lucha antiterrorista, se introdujeron en su Ley Procesal Penal, en 1974, normativas que habilitaron la imposibilidad, para un abogado defensor determinado, y por motivos tasados legalmente, de defender en un proceso penal o en otros, a un imputado o imputados, igualmente determinados⁵¹.

Y disposiciones como la señalada, en donde subyace la idea del abogado defensor como órgano de apoyo a la administración de

46 Ver, por todos, SUAREZ, Santiago Gerardo: op. cit., págs. 267-294.

47 GOESSEL, Karl Heinz: op. cit., págs. 14 y 15.

48 Introducida en la región italiana de Piemonte ya en 1770, y en Toscana en 1786.

49 Como señala JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1956, T. I.: "a partir de la Revolución Francesa comienza verdaderamente el movimiento codificador que, tanto en materia sustantiva como adjetiva penal consagra algunos de los principios de garantías a los derechos del individuo...la segunda fase del procedimiento se caracteriza por notas de oralidad, publicidad y contradictoriedad dándose amplias oportunidades a la defensa" (pág. 309).

50 BATTISTA, Anna Maria (al cuidado de); ROBESPIERRE, *I principi della democrazia*, CLUA, Pescara, 1983, pág. 69.

justicia⁵², provocan la necesidad de toma de posición -dogmática y de política criminal- acerca del rol del defensor técnico en el procedimiento penal.

El ejercicio "dual", y concurrencia de dos sujetos procesales diversos en la defensa de uno de ellos, puede alcanzar niveles de conflictividad, y hasta es natural que ello ocurra; pero no puede hacer perder de vista la independencia técnica que tiene el defensor para intervenir autónomamente en el proceso, aunque ésta independencia sea más limitada frente a su propio defendido⁵³, porque es éste el titular del derecho.

En otras palabras, la especial relación de confianza que une al imputado con su defensor no puede hacer perder de vista que el abogado actúa en virtud de sus conocimientos y responsabilidad profesional, y por ello, posee idoneidad para llevar a cabo la estrategia defensiva que más favorezca la posición de su defendido. Pero el defensor "se debe" al imputado, y en el marco de respeto a la ley que le impone su profesión, interviene autónomamente en el procedi-

miento de la manera más beneficiosa para los intereses del mismo, que es el destinatario de los efectos de su actividad, no pudiendo "desconectarse" ni de las solicitudes⁵⁴, ni de las indicaciones de aquél.

II.3. Presupuestos de intervención del defensor público

Una primera y elemental cuestión de igualdad sustancial, es la que fundamenta la obligación de asistencia técnica a favor de quien, imputado en causa penal, no tenga posibilidades de designar un defensor "de confianza".

Pero en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, la irrupción del defensor público (independiente de su gratuidad o no), se produce ante cualquier situación de carencia de defensor particular, (salvo los casos de autodefensa permitidos por el juez, en tanto no violen su defensa eficaz). Así señala el art. 8.2.e) de la CADH; "*Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no*

51 El legislador alemán, como medida de reacción estatal contra el terrorismo, había creado nuevos tipos penales contra la formación de asociaciones terroristas, y desde el aspecto procesal, optó por imponer limitaciones al derecho de defensa, regulándose -entre otras limitaciones- la exclusión del abogado sospechoso de connivencia con su mandante, en un proceso penal contra éste por delito de terrorismo. No obstante, la jurisprudencia alemana, tiempo antes de esta disposición, posibilitó la exclusión del abogado defensor, fundándose en el abuso cometido por quien debe desempeñar un papel de órgano -aunque independiente- colaborador de la Administración de Justicia: para un estudio integral de la cuestión, GOMEZ COLOMER, Juan Luis; *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1988. El carácter particular del defensor en el procedimiento penal, sobre quien pesa la obligación de verdad y justicia, consecuencia de su consideración como órgano de la administración de justicia, encuentra consagración legislativa en el tipo contenido en el § 258 StPO código penal alemán -Obstrucción de la punición-: " I. *Quien obstaculice a propósito o intencionadamente, total o parcialmente, que otro sea castigado o sometido a una medida (§ 11, apartado I, número 8) de acuerdo a la ley penal por razón de un hecho ilegal, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. II. Igualmente será castigado quien, a propósito o intencionadamente, total o parcialmente, obstaculice la ejecución de una pena o medida impuesta contra otro.*"

52 Idea implícitamente admitida por CARNELUTTI, Francisco; *El problema del Defensor Penal, en Cuestiones sobre el Proceso Penal*, E.J.E.A., Argentina, 1971, pág. 223. La jurisprudencia alemana, a la que sigue la mayor parte de la doctrina, considera al defensor un órgano independiente de la administración de justicia, que se encuentra junto al imputado como asistente, pero que también está obligado por los intereses de una administración de justicia penal funcionalmente capaz (teoría del órgano); frente a esa concepción, se dirigen los representantes de la "teoría de los intereses", quienes sostienen que es función del defensor ayudar por derecho propio al imputado en la salvaguarda de intereses individuales. Ver, por todos, ROXIN, Claus; *Strafverfahrensrecht*, 25ª edición, Munich; en su edición castellana; *Derecho procesal penal*, trad. de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, ed. revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pág. 133. Para Roxin, el defensor está llamado exclusivamente a hacer valer los intereses de la defensa del imputado, legitimados por la ley y en esa función es órgano de la administración de justicia (op. cit., pág. 135). En el procedimiento italiano, en cambio, la figura del defensor penal se presenta rodeada de garantías más amplias para la defensa del imputado, a punto tal que se le reconocen poderes de investigación independiente con similares implicancias en relación a la prueba que las que goza el ministerio público. Ello, sobre todo a partir de la reglamentación del nuevo art. 111 de la Constitución, normativa que regula el "*Giusto Processor*".

53 En igual sentido, MORENO CATENA, Víctor; *La defensa en el proceso penal*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pág. 42.

54 Sin duda, los matices que muestra la relación defensor técnico - imputado, y su reflejo en el procedimiento, es uno de los campos de mayor conflictividad en esta materia, y es muy difícil, y hasta inconveniente, establecer reglas rígidas de actuación del defensor técnico, bastando con asegurar los ámbitos para la libertad de actuación de cada uno de los sujetos. Por otra parte, tanto las normas contenidas en los códigos procesales, como las deontológicas que regulan la profesión de abogado suelen contener preceptos generales sobre el particular. Uno de los campos donde el nivel de conflicto entre la actuación de la defensa material y la defensa técnica alcanza su mayor intensidad, es el que se verifica con la presentación por parte de los imputados de recursos *in forma pauperis*.

se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley". Entonces el juez debe "integrar" la defensa, proveyendo un defensor oficial no sólo en los casos en los que el imputado por obstáculos económicos o de cualquier otra índole no ha podido hacer uso de su derecho a la elección de un defensor de confianza, sino también en los casos en que directamente no lo ha designado: o que habiendo ya tenido un abogado particular, éste renuncia o abandona a su asistido. Se incluyen a la vez, los casos de presentaciones de los imputados denominadas por la doctrina y jurisprudencia "*in forma pauperis*"⁵⁵.

Claro está que el sistema no puede considerarse satisfecho por la mera constatación de que en el proceso se ha presentado un defensor público. En el *leading case* Artico⁵⁶ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció la necesidad de la efectiva asistencia del defensor público asignado, afirmando que "si las autoridades advierten que la asistencia es meramente nominal, vienen obligadas a sustituir al abogado o a obligarle a cumplir con su obligación", debiendo los Estados remover los obstáculos precisos para conseguir que el respeto a los derechos sea efectivo. En el caso Artico, el letrado designado de oficio no quiso hacerse cargo de la defensa, pero no hizo saber tal

decisión a los tribunales, los que siguieron considerando al mismo como abogado del Sr. Artico. El imputado había puesto esto en conocimiento del tribunal y del fiscal, pidiendo la sustitución por otro, sin suerte. El TEDH señaló que "ante tales circunstancias incumbía a las autoridades italianas competentes actuar de manera tendiente a garantizar al demandante el ejercicio efectivo del derecho que ellas habían reconocido. Les cabían dos soluciones: sustituir al abogado... o, llegado el caso, obligarle a cumplir su tarea. Dichas autoridades eligieron la tercera, la pasividad, cuando el respeto al convenio exigía por su parte la adopción de medidas positivas".

Pero el límite de mayor conflictualidad entre el imputado y el defensor técnico, se presenta cuando al primero, que no ha hecho uso de su facultad de designar un defensor de confianza, se le designa un defensor público que es rechazado por el mismo con la argumentación de que prefiere defenderse solo.

Naturalmente que cuando se alude a la "defensa técnica obligatoria" no se quiere significar que la asistencia de un abogado dotado de capacidad profesional sea una obligación para el imputado, sino que es un derecho -que puede ejercer o no-⁵⁷, y sin perjuicio de la obligación

55 Se consideran así las peticiones informales realizadas por imputados en causa penal (generalmente de quienes están privados de su libertad) que al no tener firma de letrado carecen de los requisitos formales exigidos para las solicitudes judiciales. La Corte Suprema de Justicia la Nación Argentina, desde hace más de un siglo, ha sentado la doctrina de que estas presentaciones "más allá de los reparos formales que pudieran merecer en sus reclamos, deben ser consideradas como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley, y que es obligación del servicio de justicia suministrar la debida asistencia letrada que les permita ejercer la defensa sustancial que corresponde... por ello ha sido, por siempre, una cuestión de equidad, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor" (Fallos CSJN 5:459: 192:152; 237:158; 255:91; 308:492; 308:1934; 310:1934; 311:2502 -los resaltados me corresponden-); en tal caso, la Corte Suprema ha ordenado a los Tribunales la debida tramitación de las causas con la pertinente asistencia letrada, todo a fin de cumplimentar con el derecho a la asistencia técnica efectiva en causa penal. Sin embargo, un reciente pronunciamiento del más alto Tribunal, aunque con disidencias, ha desvirtuado su propia doctrina al exigir que a los efectos del recurso extraordinario, la notificación idónea para el comienzo del plazo de interposición, era la notificación al domicilio de la defensa técnica, a quien deben notificarse las resoluciones que resuelven recursos de naturaleza extraordinaria, como el de casación; y considerándose extemporánea la presentación realizada por un imputado luego del vencimiento del plazo ortorgado a la defensa técnica. La minoría del Tribunal, en cambio, resolvió que la inactividad de la defensa técnica no puede perjudicar el derecho de recurrir por expiración del plazo legal. (CSJN: "Albarenque, Sixto Omar s/delito de favorecimiento de evasión en concurso ideal con el robo agravado por el uso de armas - causa 1078-", resuelta el 30 de junio de 1999).

56 TEDH, caso "Artico" del 13-5-80.

57 Independiente de la interpretación asignada al término "irrenunciable" usado por la CADH para el reconocimiento de este derecho en su art. 8.2.e). El hecho de que se hable de "derecho irrenunciable" a contar con un abogado, provoca necesariamente la reflexión sobre el carácter del instituto. Algunos autores como Alex Carocca Pérez, consideran que siendo la autodefensa el medio natural de ejercicio de la defensa material es lo único irrenunciable: y que en los casos en que se requiere obligatoriamente de la defensa técnica aún en contra de la voluntad del interesado, se trata de un requisito no impuesto por la defensa, sino que es manifestación de una garantía distinta -la del debido proceso o de la tutela judicial efectiva-: en CAROCCA PÉREZ, Alex: op. cit., págs. 508 y 509. Las consecuencias de esta discusión son de relieve, y se relacionan a la vez con el tipo de relación que une a la defensa material con la defensa técnica. Pero en el marco que señala la norma, y más allá de si es posible hablar de "derechos obligatorios" lo importante es que la defensa técnica se funde inevitablemente con la defensa material, complementándola.

del Estado de asegurarla gratuitamente si aquél no dispone de medios para beneficiarse de ella.

Como oportunamente se anotó, distintas justificaciones de orden psicológico y técnico se han utilizado para imposibilitar la dependencia exclusiva de la defensa técnica de la voluntad del imputado. Para autores como Julio Maier, el hecho de que haya previsiones tan exhaustivas y detalladas sobre la necesidad de la defensa técnica, que se presta incluso contra la voluntad del imputado, sólo puede indicar que el derecho procesal penal, de una manera muy particular, no considera al imputado suficientemente capaz para resistir la persecución penal⁵⁸.

A los tipos de justificaciones referidos, se le suma uno de orden procesal; en el sentido de que el interés público no podría admitir que el Estado consintiera una actividad defensiva que obstaculice la regular administración de la justicia y la ordenada tramitación del proceso; además, la "voz" del justiciable debería encuadrarse en las formas rituales predispuestas por el legislador⁵⁹.

Desde un punto de vista general, estas posturas consideran que la voluntad del imputado es legítima en tanto tienda a una defensa eficaz⁶⁰, y es irrelevante cuando se orienta en sentido contrario. Entonces, la inercia o indiferencia del mismo, o una decisión de expresa renuncia a su defensa, deberían por tanto considerarse inadmisibles.⁶¹

En los países latinoamericanos ha sido común que las normas de procedimiento con-

sientan la autodefensa del imputado, según la fórmula " *siempre que no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso*", así; art. 104 C.P.P. Nación Argentina; art. 80; C.P.P. Costa Rica; art. 134 C.P.P. Venezuela; art. 92 C.P.P. Guatemala.⁶²

En tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) establece en su art. 14.3.d) el derecho del imputado a que se le nombre defensor de oficio " *siempre que el interés de la justicia lo exija*", abre un campo de decisión judicial que escapa a la decisión del imputado, y que aparece como demasiado amplia incluso para el propio entendimiento jurisprudencial. La norma tiene mayor incidencia en el derecho europeo, porque contrariamente a lo dispuesto en la CADH, el Convenio Europeo de Derechos Humanos -de manera similar a lo dispuesto en el PIDCyP-, habilita la intervención de un defensor público " *en tanto lo exijan los intereses de la justicia*".

¿Significa esto que en el ámbito de la CADH son más restringidas las posibilidades de permiso de la autodefensa penal? Sin embargo, el punto de verdadero quiebre de la cuestión tuvo lugar en Italia. La idea de defensa como "obligación" fue sostenida por los Tribunales que rechazaron las diversas cuestiones de legitimidad constitucional suscitadas en sendos procesos por terrorismo, a partir del expreso rechazo a la defensa técnica por parte de los imputados.⁶³

Contra de lo que podría pensarse, la cuestión permanece hoy abierta y es materia de debate; pero además, adita otro elemento a la importancia de instauración de servicios de

58 MAIER, Julio B. J.: op. cit., pág. 551.

59 Ver FAVINO, Luigi: op. cit., pág. 691, también, VELEZ MARICONDE, Alfredo, op. cit., pág. 382.

60 La Corte Suprema de Estados Unidos, había resuelto ya en el año 1932 (" *Powell vs. Alabama*") que en virtud de la Sexta Enmienda de la Constitución se garantiza un abogado a los indefensos, y para que resulte así, " *el acusado sin defensor debe ser idóneo para la autorrepresentación, circunstancia que la establece el juez*". La Enmienda VI dice así: " *el acusado gozará del derecho... a la asistencia de abogados para su defensa*". En el año 1963 la Corte (" *Gideon vs. Wainwright*") mantuvo que los acusados indigentes en casos de delito mayor tenían un derecho sin restricción de ser representados por un abogado proporcionado por el gobierno, y en 1971, en " *Argersinger vs. Hamlin*" que en la ausencia de una renuncia conciente e inteligente, ninguna persona puede ser encarcelada por ningún delito... a menos que haya sido representada por un abogado en el juicio. Según un estudio, en 1973, a causa de la jurisprudencia citada, la proporción de acusados enfrentando cargos de delito mayor que eran representados por abogados financiados por el gobierno había aumentado prácticamente de cero una década atrás, a un 65 %: en Mc. DONALD, W.: *The Defense Counsel*, Sage Publications, Beverley Hills, 1983, nota 17. Pág. 81.

61 En este sentido, VELEZ MARICONDE, Alfredo: op. cit., pág. 381 y sgtes.

62 En cambio, otros ordenamientos procesales no regulan expresamente esta posibilidad, como Italia.

asistencia legal eficientes, porque debe "justificarse" la decisión judicial de no permitir al imputado defenderse por sí mismo y tener que "tolerar" la imposición de un defensor público con cuya asignación el interesado no estaba de acuerdo.

Ello, que se relaciona con la discusión acerca de la disponibilidad o no de los derechos fundamentales, y en lo que tiene que ver con la asistencia jurídica "pública", desemboca en que ya no podría en estos casos hablarse de "derecho a" (asistencia jurídica) integrado en un "derecho de", sino de una imposición del Estado que responde a principios generales de la debida administración de justicia, y desconectado por tanto de las razones justificantes y de protección del derecho de defensa. En suma; que no puede en estos casos aludir al derecho de defensa, sino de imposición de la defensa o de un "deber" para el imputado.

Con mayor razón la atención debe girar sobre cómo organiza el Estado el servicio de asistencia técnica, y cómo lo controla; porque la asignación de un defensor público, como vimos, no puede considerarse satisfecha por el simple dato de que en el proceso se ha asignado un defensor técnico. Ello considerando que la declarada inspiración de un modelo acusatorio implica, de manera casi ineludible, una decisión de refuerzo de los poderes sobre la vertiente del defensor, y según el empuje reformador, el perfil de la autodefensa tiende a permanecer en un cono de sombra, cediendo paso a la reformulación de la figura del defensor técnico. En este sentido, la necesaria igualdad de armas entre acusador e imputado exige que

este último esté asistido por un defensor *en situación de competir* con el ministerio público.

II.4. La cuestión de la gratuidad del servicio

La cuestión de gratuidad o no del servicio de defensa pública penal, es una de las más álgidas en este tema. Entre otras razones, porque confluyen principios de derecho que pueden resultar encontrados, normas internacionales que señalan disposiciones no necesariamente homogéneas, e incluso disposiciones internas de los Estados que terminan aportando mayor confusión al asunto.

La Convención Americana de Derechos Humanos, establece en su art. 8.2.e) el "*derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no por la legislación interna, si el imputado no se defendiese por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley*", mientras que la Convención Europea de Derechos Humanos, reconoce el derecho de, "*...si no tiene los medios para retribuir a un defensor, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando lo exijan los intereses de la justicia*" (Art. 6. 3. c); y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "*siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo*" (Art. 14.3.d).

Del conjunto de normas aquí enumeradas, y en un sentido literal, se deriva: que la CADH otorga la provisión de un defensor de oficio cuando el imputado no lo tuviere e independientemente de si tenía medios para pagar un

63 La cuestión de legitimidad constitucional de los arts. 125 y 128 del antiguo código procesal italiano, promovida por el Tribunal de Cuneo, ord. 24 de noviembre de 1978, y por el Pretor de Torino, ord. 23 de noviembre de 1978, en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1979, II, pág. 488 y sgtes, en relación a los arts. 3 y 24; además por el Pretor de Torino, ord. 30 de noviembre de 1978, *Giur. Cost.*, 1979, II, pág. 826; *G.I. Monza*, ord. 14 de marzo de 1979, *Giur. Cost.*, 1979, II, pág. 1206; Corte Assise Cuneo, ord. 10 de abril 1979, *Giur. Cost.*, 1979, II, pág. 1207, y Tribunal Torino, ord. 5 de abril de 1979, *Giur. Cost.*, 1979, II, pág. 1211, todo en relación a los arts. 2, 3, 10, 11, 21 e 24 de la Constitución Italiana, y los arts. 6.3.c) de la C.E.D.H. y 14.3.d) del P.I.D.C. y P., que ha sido declarada infundada por la Corte Constitucional el 10 de octubre de 1979, sent. Nro. 125; *Giur. cost.*, 1979, pág. 852, y sent. Nro. 188 del 22 de diciembre de 1980, *Giur. Cost.*, pág. 1612. La Bibliografía sobre el tema es cuantiosa, incluso en la actualidad. Ver, por todos, GREVI, Vittorio (al cuidado de): *Il problema dell' autodifesa nel processo penale*, contributi di M. Chiavario, V. Denti, C. Fiore, A. Giarda, A. Melchionda, J. Paroni Eumil, G. Pisapia, M. Scaparone, M. Siniscalco, G. Vasalli, en *Giustizia Penale oggi* 1, serie di diritto, Zanichelli, Bologna, 1977, y MARAFIOTI, Luca: *Scelte autodifensive dell' indagato e alternative al silenzio*, Ed. Giappichelli, Torino, 2000. Para Maier, el hecho de que existan mayores exigencias para la defensa técnica en sede penal, se explicaría por la mayor importancia política del procedimiento penal y por la supremacía de los bienes o valores jurídicos que en él se ponen en juego; en MAIER, Julio B. J.: op. cit., pág. 541.

abogado; pero no asegura que ese defensor público sea siempre gratuito; que la Convención Europea otorga el derecho a ser asistido gratuitamente en caso de que el imputado no tenga medios para retribuir a un abogado, y en tanto lo exijan los intereses de la justicia; y finalmente, que para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo determinante para asignarlo, es el "interés de la justicia", siendo gratuito sólo si el imputado no tenía medios suficientes, y por tanto, pudiendo ser solventado por el mismo si contaba con los medios suficientes para ello.

Como primera cuestión, vuelve aquí a presentarse el inconveniente del uso de fórmulas laxas como la de "interés de la justicia", a la que se adita ahora la de "medios suficientes"; como segunda, la incidencia de regulaciones internas de los países que no siempre siguen la línea de los Pactos, y aún la propia jurisprudencia internacional excesivamente casuística y de la cual no siempre es posible extraer enunciados categóricos.

Entonces sí, como vimos, es el juez quien determina en última instancia la viabilidad de la autodefensa, y negándola impone obligatoriamente la actuación de un defensor público al no autorizar la autodefensa excluyente, podría perfectamente presentarse el caso en donde el imputado con medios suficientes no quiera nombrar abogado porque considera que solo puede ejercer su defensa, entonces el sistema le responde así: "Le impongo un abogado, y encima, se lo cobro" (si el sistema interno no establece la gratuidad en todos los casos).

Por caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la posibilidad de defenderse por sí mismo no excluye el derecho a ser asistido de abogado. Y que este derecho existirá siempre que la complejidad del caso lo requiera, ya que sin los servicios de un experto resulta difícil para el particular el examen de las cuestiones jurídicas.⁶⁴

Por otra parte, y mirado desde un ángulo exactamente inverso, si en los países latinoamericanos, por imperio de la CADH, la provisión de un defensor público opera en todos los casos donde el imputado "*no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido...*", y suponiendo que el servicio sea siempre gratuito, y suponiendo también -como debe ser- que se cuenta con un nivel importante de profesionalidad de quienes prestan la función de defensores públicos, los propios servicios de defensa pública penal podrían "saturarse" con la cantidad de casos, que idealmente podrían llegar al ciento por ciento. La primera cuestión es si, resuelto de esta manera, no derivaría en cuestionamientos de competencia desleal por parte de los abogados de profesión libre; y la segunda, si consideramos que el sistema correcto es la gratuidad en todos los casos, entonces, ¿para qué queremos, o en todo caso cuál es el rol desempeñado por los abogados de profesión libre en el ámbito penal?⁶⁵

Uno de estos abogados de profesión libre podría sumarse al debate y argumentar que por lo menos a él lo elige su propio cliente, mientras que en la mayoría de los sistemas de defensa

64 TEDH, en el caso *Pakelli*, del 25-4-83, y en el caso *Granger* del 28-3-90.

65 En Colombia y en Perú, por ejemplo, y según datos de diciembre de 1997, el nivel de casos asignados a la defensa pública en relación a la población penitenciaria total superaba el 62% (*Los Sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú. Un análisis comparado*; Comisión Andina de Juristas, Lima, 1998, págs. 71 y 72). En Argentina se ha producido en los últimos años un crecimiento extraordinario del porcentaje de casos que lleva la defensoría oficial. En el ámbito Federal y de la Ciudad de Buenos Aires, las estadísticas cruzadas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las Defensorías Públicas Oficiales ante los Tribunales Orales en lo Criminal, arrojan guarismos muy elevados, sobre todo en relación a las causas ingresadas en etapa de juicio oral: mientras que en el año 1994 el porcentaje de cobertura de casos de la defensa oficial en relación al total de casos ingresados a los Tribunales Orales en lo Criminal era del 64%, en 1995 del 68%, en 1996 del 70%, en 1998 del 83%, en 1999 del 82 %, hasta llegar en el primer semestre del año 2000 al 92% de los casos totales. Piénsese entonces que sólo el 8% de abogados particulares tienen participación en este ámbito (del Informe Anual de la Defensoría General de la Nación al Congreso Nacional, marzo de 2001). En algunos países que prevén sistemas mixtos de asistencia legal, se establecen de antemano segmentos de participación de cada grupo. Así, en Inglaterra, donde prevalece el sistema *judicare* (abogados de profesión libre brindando defensa de oficio), no se había permitido a los Centros de derecho (clínicas jurídicas) tramitar asuntos penales que involucraran a adultos, con el argumento de competencia profesional. (ver, por todos, CAPPELLETTI, M. & GARTH, B.: *Access to Justice*, Ed. Giuffrè-Sijthoff, 1979).

pública (*de oficio* u *oficial*), quien tiene a su cargo la administración del sistema designa a los abogados en los casos concretos. Y razón no le falta; no es lo más común que se brinde la imputado la posibilidad de designación de un abogado de su elección personal para que actúe como defensor público.

Pero la gran cantidad de causas tramitadas por la defensa pública tiene también importancia –si se opta por la gratuidad en todos los casos– en relación al “desbalanceo” de la carga de trabajo que provoca en los sistemas de defensorías oficiales, lo que deriva en una “nueva desigualdad”; porque los defensores públicos no pueden dedicarse con igual nivel de eficiencia a tantos casos. Y los datos que brinda la realidad no pueden soslayarse con afirmaciones que prescindan de ella, y que provoquen falsas expectativas acerca de una posibilidad de cobertura del servicio que en verdad no es tal.

Según la clásica fórmula Aristotélica⁶⁶, *“La justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justo y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales”*. Por eso, la legislación interna debe prever mecanismos para que se pueda brindar una asistencia técnica eficiente en todos los casos en que se requiera la actuación de la defensa pública; pero no puede exigir a quienes no tienen medios suficientes para elegir un abogado de su confianza, que se hagan cargo de remunerar a quien el sistema les proveyó para asegurarles un juicio justo.

De todas maneras, las soluciones no son unívocas, y la decisión sobre la gratuidad o no del servicio para el imputado, como observamos, debe considerar situaciones diversas a las que no siempre es fácil responder con medidas igualmente justas y apropiadas.

III. Los modelos de prestación del servicio de defensa pública

Existe una íntima conexión entre las premisas en las que se asienta el Estado de Derecho, el diseño de los modelos procesales, la manera en que se organiza la justicia y la instauración de mecanismos diseñados para procurar la igualdad en la defensa de los derechos.

En el ámbito señalado por los Convenios Internacionales de Protección de Derechos Humanos, se impone a los Estados-Parte el deber de garantizar los derechos reconocidos en los mismos, adecuando sus legislaciones internas y adoptando políticas para facilitar su ejercicio y disfrute. Este es el sentido de la cláusula contenida en el art. 8.2.e) de la CADH, en tanto señala el *“derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado”*.

Hoy, el desafío no es tanto la estandarización normativa, sino la operativización de postulados y la remoción de obstáculos que impiden aquella concreción. Por eso se debe atender a los instrumentos reales y operantes que se valen los Estados para garantizar la defensa pública, y a las formas con las cuales buscan satisfacer el derecho fundamental de la defensa técnica en sede penal.

Como se dijo al comienzo, la circunstancia de que a fin de cumplimentar la garantía protegida, el Estado asigne un defensor “público”, debe ser considerada sin ningún tipo de diferenciación con la defensa “particular”, a los efectos del propio desenvolvimiento procesal y de las relaciones entre los sujetos procesales. Sin embargo, y quizás hasta ayudado por una cuestión terminológica (no es defensor “de confianza” según la definición de los códigos procesales), el defensor público inicia su intervención profesional con un reto principal: establecer, antes que nada, una relación de

66 ARISTOTELES: *Política*, Ed. de J. Marias y M. Araujo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 83.

confianza con su asistido, la cual deberá primar independientemente de cualquier tipo de relación que una al abogado con el organismo que administra y gestiona el servicio de asistencia legal, establecido –justamente– para asegurar una defensa eficaz a partir del vínculo imputado-defensor técnico.

El punto de partida para todo análisis de sistemas de defensa pública, debe considerar:

1. Cuál es el modelo o diseño elegido para la prestación del servicio
2. Quién administra el sistema, cómo se organiza y controla la eficiencia de la prestación
3. Cuál es el mecanismo de selección de abogados y de qué manera se asignan los casos individuales
4. Cómo se financia el sistema

Si bien puede decirse que casi hay casi tantos modelos de asistencia legal como países, el derecho comparado ofrece dos modelos primarios de asistencia jurídica: o la prestación depende en forma principal de abogados asalariados (modelo de *Staff de servicio*, o *Servicio legal*); o la prestación se realiza a partir de la utilización de abogados en práctica privada (modelo "*Judicare*"). A la vez, la tendencia en un número importante de países es hacia un sistema mixto, que busca integrar las ventajas de los dos modelos reseñados⁶⁷.

En líneas generales, el sistema que se vale para el ejercicio de la defensa de abogados que continúan con su profesión libre, intervienen en el carácter de "defensores de oficio", sólo a partir de que se haya iniciado un proceso, y

suelen ser remunerados por el mecanismo de "honorario por servicio" (normalmente los Fondos para hacer frente a los mismos se conforman con aportes estatales, y eventualmente con fondos especiales y de los propios beneficiarios). El organismo que administra su funcionamiento (que suelen ser las Asociaciones o Colegios de Abogados), normalmente se limita a derivar los casos a los abogados, y en el caso de que se les remunere, a pagarles las cuentas según tarifas preestablecidas⁶⁸.

El modelo de servicio, en cambio, organiza su prestación a partir de instituciones específicas a tal fin (estatales o comunitarias), que utilizan abogados a los que se les remunera independientemente del número de casos que llevan. Cuando esa prestación se cumple a través de funcionarios públicos, el sistema se denomina "defensa oficial"⁶⁹. El concepto se remonta a Roma antigua, donde ya se preveía la asignación de un abogado asalariado para los imputados que no pudieran pagar su propia defensa. En la Edad Media, los puestos de abogado para pobres y del procurador de caridad, existían en las Cortes Eclesiásticas, donde eran vistos como puestos altamente honorables.⁷⁰ Y como se expresó, para evitar la indefensión de los indios en América, el 9 de abril de 1591, se ordena que en las ciudades donde hubiere Audiencia, "elija el Virrey o Presidente un Letrado, y Procurador, que sigan los pleytos y causas de los indios"⁷¹. Al insertarse al Protector en la plantilla audiencial, se fortifica su antiguo rol, y se le da el título de Protector-Fiscal. La novedad, entonces, está dada por su integración al cuerpo audiencial, al lado del Fiscal titular, su superior jerárquico, y por la tecnificación del oficio, asignado a un letrado⁷².

67 Para una visión general de los sistemas de ayuda legal, ver ZEMANS, Frederick H.: *Modelos Contemporáneos de Servicios de Asistencia Legal*, copia mimeo en "*Seminario-Taller Acceso a la Justicia en Nicaragua*"; coorganizado por el International Human Rights Law Group, el Centro Nicaragüense de Derechos Humanos, el Centro de Mujeres, el Bufete Popular de la Universidad Centroamericana y la Asociación de Juristas Democráticos de Nicaragua, Managua, 10 y 11 de noviembre de 1996, y en BERIZONCE, Roberto O.: *Efectivo acceso a la justicia*, Ed. Platense, La Plata, 1987.

68 Suele ser el único o preponderante modelo de asistencia legal en países como Francia, Italia, España, Japón, Inglaterra, Holanda y Australia.

69 El modelo de servicio es el sistema que rige en muchos países de Latinoamérica y en algunos Estados de Norteamérica. Pero encuentra formas menos desarrolladas en Europa; en especial en Inglaterra, Holanda y Finlandia.

70 ZEMANS, Frederick H: op. cit., pág. 8.

71 *Recopilación de Indias*: 6.6.3.

72 SUAREZ, Santiago Gerardo: op. cit., pág. 285.

Los análisis referidos a las ventajas y desventajas de cada sistema, muchas veces suelen estar influidos por posiciones corporativistas que presentan el problema desde posturas absolutas, desligadas incluso de la realidad, y que colocan los términos de confrontación en un extremo tal, que terminan convirtiéndose en discusiones bizantinas⁷³.

En algunos países de Latinoamérica (por ej., Bolivia y Guatemala), hasta hace diez años atrás, prevalecían los servicios de asistencia jurídica que basaban su prestación en el sistema "honorífico"; es decir, en el nombramiento

por el juez de un abogado matriculado que no percibe honorarios por la defensa ejercida (norma "ética" de la profesión, que suele estar presente en la regulación –vía legal o estatutaria– de la profesión de abogado en casi todos los países)⁷⁴, mientras que en otros países como Colombia y Ecuador, si bien combinado con otros sistemas, se recurría al mismo de manera habitual.⁷⁵ También por aquella época era sustancial, en relación al total de casos tramitados por la defensa, la asistencia brindada por los Bufetes Populares organizados por las Facultades de Derecho (sobre todo en Nicaragua y Guatemala), en donde los estudiantes, como

73 Así, "los estatistas" vs "los privatistas". Un ejemplo de lo afirmado pudo verse en el "Segundo Congreso Nacional de la Defensa Oficial y preparatorio del Primer Congreso del Mercosur sobre Defensa Oficial", celebrado en Santa Fe, Argentina, el 3, 4 y 5 de septiembre de 1997. Uno de los temarios propuestos para el trabajo en comisión se denominaba "Importancia de la Coordinación de la Defensa Oficial con la Asistencia Jurídica Gratuita". La Comisión Nro. 1 sostuvo por mayoría de sus miembros "que en los hechos no existe este tipo de instituciones, salvo las que se ocupan de derechos humanos. Algunos profesionales jóvenes han empezado a crear Organismos No Gubernamentales, pero carecen de financiamiento, por lo cual en la práctica no puede hablarse de que este tipo de instituciones exista realmente. El Estado tiene una estructura y tradición en materia de asistencia y representación jurídica gratuita por lo que no debe subsidiar a esas O.N.G., ya que si encuentra problemas de presupuesto para la actual estructura, más los tendrá para cubrir otras formas de esta asistencia y representación". Como acotación al margen, lo que se había sometido a estudio era el problema de la eficiencia en la prestación del servicio y la posibilidad de contar con la asistencia de organismos interesados en la defensa de derechos (lo que obviamente incluía a las O.N.G. especializadas en "derechos humanos"). Sin embargo, y contrariando la opinión del Congreso referido, con fecha 26 de enero de 2000, el editorial del diario argentino "La Nación", con el título "Cien mil ONG's en la Argentina", señalaba: "Hay pues, a fines del siglo XX, un auténtico universo de instituciones solidarias...fenómeno heterogéneo, en términos de sus estructuras institucionales y sus recursos, factor de acciones diversificadas y expandido por todo el país, que todavía no es suficientemente conocido..." Por otra parte, y en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, al menos diez ONG prestan asistencia jurídica en forma absolutamente gratuita, que se suman al servicio que también prestan otras instituciones intermedias. Desde la vereda opuesta, el propio desarrollo del modelo de defensorías oficiales desde cien años a esta parte, se vió permanentemente frenado por el lobby de la profesión legal, "que temía que un sistema de defensores legales era el primer paso hacia un colegio de abogados socializado": ver en este sentido ZEMANS, Frederick H.: op. cit., pág. 10. Lo cierto es que no puede negarse que el Colegio de Abogados, a través de la profesión legal organizada, generalmente se ha resistido a los esfuerzos por ampliar la gama de servicios ofrecida por las oficinas de abogados (*service model*): los argumentos suelen presentarse de manera "absolutista": "si se pasa a un sistema de planta de servicio, los clientes perderían la libertad de elegir a su propio abogado: la calidad del servicio se vería comprometida: los profesionales privados serían desplazados poco a poco por las oficinas de abogados de planta; y el sistema se pondría caro en grado prohibitivo" (Informe de la *Law Society of Upper Canada*, 1992, págs. 9-10). La crítica que realiza Frederick Zemans a esos conceptos (op. cit., págs. 28 y 29) es concluyente: "Estos argumentos ignoran la realidad de varias maneras. Primero, un cliente pobre no tiene una elección efectiva cuando elige a un abogado porque rara vez conoce a algún abogado y además no tiene forma alguna de evaluar a un miembro específico de la profesión. Segundo, los estudios diseñados para medir la calidad del servicio provisto por los sistemas *judicare* en comparación con la del servicio de las oficinas de abogados de planta han demostrado que no hay una diferencia significativa entre los dos modelos. Tercero, si el sector público puede entregar servicios legales de manera más eficaz y/o más eficiente que los abogados privados, no pareciera haber razón alguna para concluir que el "desplazar" a los abogados privados tendría un efecto negativo sobre algún grupo aparte de ellos mismos. Cuarto, no hay evidencia de que las oficinas de abogados de planta sean más caras que los planes de *judicare*...es más, un estudio de Quebec concluyó que las oficinas de abogados de planta eran más económicas en la entrega de servicios de asistencia legal en el ámbito civil y criminal", en ZEMANS, Frederick: op. cit., págs. 28 y 29. Italia, donde se regula por separado la defensa de oficio del "*Patrocinio dei non abbienti*" (L.20 Julio 1990, 217, modif. El 28 de febrero de 2001), es un caso testigo de la confrontación entre la poderosa corporación profesional (que administra ambos supuestos de defensa pública) por un lado, y sectores importantes de la comunidad académica y de la magistratura, que proclaman un cambio radical del modelo de servicio en atención a la ineficiente asistencia en los casos concretos. Ya la Comisión Bicameral para la reforma de la Constitución Italiana, en 1997 (sesión del 7 de mayo) había proyectado dos hipótesis de protección del derecho: hipótesis 1) "El procedimiento se desenvuelve en el contradictorio entre las partes, en condiciones de igualdad, según el principio de la oralidad... la ley asegura el efectivo ejercicio del derecho de defensa, en cada fase del procedimiento, también de parte de los pobres...", y la hipótesis 2) "...la ley instituye oficinas públicas de asistencia legal para efectivizar el ejercicio del derecho de defensa, en toda etapa del procedimiento, también de parte de quien no tiene medios adecuados" (los resaltados me pertenecen); de todas formas, obsérvese que ninguna de las dos hipótesis encontraron eco en el definitivo texto constitucional que se sancionó como artículo 111 –"Giusto Processo", conforme surge de la nota 13 de este trabajo. Con fecha 23-26 de noviembre de 2000 se celebró en Venecia el *Congresso Nazionale di Magistratura Democratica*. En la intervención de apertura del Congreso, el Secretario General, Magistrado Vittorio Borraccetti señaló: "en general en el acceso a la justicia, y en particular en la defensa en el proceso penal pesan las diferencias entre pobres y ricos, pero esto se debe remediar asegurando a todos la posibilidad de tener un defensor técnico...es necesario reconocer que en el tema de acceso a la justicia y de la posibilidad de que todos cuenten con una defensa efectiva, estamos bien lejos de contar con soluciones normativas adecuadas y suficientes. Merece finalmente ser tomada en seria consideración la propuesta de constituir oficinas públicas de consulta y defensa: quien se opone y las critica, debe presentar otros remedios eficaces" Finalmente fue aprobada como moción 6 del Congreso: "Los abogados, en cuanto participan de la jurisdicción, son además llamados a concurrir a la solución del problema de la tutela jurisdiccional de los pobres...sobre este tema Magistratura Democratica propone la realización de oficinas públicas de defensa retribuidas por el Estado, invitando a los abogados a una abierta confrontación sobre concretas modalidades de actuación" (los resaltados me pertenecen).

requisito previo a la graduación, debían desarrollar tareas inherentes a la defensa judicial.

Como bien señala Berizonce, el clásico mecanismo de auxilioria caritativa de pobreza no se compadecía, por diversas causas, con las exigencias de los nuevos tiempos, ya que motivos económicos hacen que los abogados más hábiles y experimentados prefieran dedicar su tiempo a los asuntos remunerativos.⁷⁶ Por otra parte, todo sistema de asignación "honoraria" debe organizar un registro, listado o turno, porque de otra manera su implementación práctica se vuelve de cumplimiento prácticamente imposible. ¿Y quién voluntariamente podría anotarse en la lista? La experiencia demuestra que en forma mayoritaria, los abogados jóvenes e inexpertos o los nada jóvenes y poco exitosos.⁷⁷

En el caso de España, el Tribunal Constitucional señaló que la propia idea del Estado Social del Derecho (art. 1.1. CE) "exige seguramente una organización del derecho a ser asistido de letrado que no haga descansar la garantía material de su ejercicio por los desposeídos en un "*munus honorificum*" de los profesionales de la abogacía, pues tal organización tiene deficiencias..."⁷⁸

Más allá de la relatividad de señalar preferencias por uno u otro modelo "en abstracto", lo cierto es que desde la propia definición del sistema, se pueden derivar ventajas y desventajas *a priori*, a saber; en el sistema "*Judicare*" si son adecuadamente remuneradas las tareas profesionales (en general se conforma un fondo

con diversos aportes, estatales y privados), pueden participar abogados experimentados, y al ser contratados los abogados sólo según cada necesidad, se establece una respuesta particularizada; además, pueden permitir la libre elección de abogado por el beneficiario. Sin embargo, sus críticas principales suelen centrarse en la dificultad de control de la eficiencia del servicio, al hecho de que sólo se activa el sistema cuando ha dado inicio el proceso, a las dificultades para establecer los montos de las retribuciones (que son forfatarias), y la conformación de los fondos de financiamiento del sistema, que deben ser elevados si quieren asegurar la idoneidad del defensor técnico seleccionado. Además, han merecido el rechazo ante declaraciones de huelga de los abogados y no provisión del servicio público de defensa.

Por otra parte, los modelos de *Servicio*, en especial los de defensorías oficiales, nacieron con el objetivo de eliminar las fallas del sistema de asesoría legal designada en particular, y las de la maquinaria de la justicia criminal en general⁷⁹. Se distinguen por la especialización, cooperación y división del trabajo, y por estar financiados casi siempre, en su totalidad, por fondos públicos. El sistema facilita el acceso a la asistencia legal a través de sus oficinas altamente visibles y el temprano contacto entre el abogado y los imputados. A la vez, en los sistemas donde la defensa pública es ejercida por abogados que responden a una estructura centralizada y con una dirección unificada, y en tanto en la mayor porción de casos penales totales participan integrantes de la misma, se desprende fácilmente su capacidad para incidir

74 Incluso en los "*Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*", aprobado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en La Habana, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990: "3. Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres, y en caso necesario, a otras personas desfavorecidas. Las asociaciones profesionales de abogados colaborarán en la organización y prestación de servicios, medios materiales y otros recursos".

75 Ver la investigación del ILANUD sobre "*La defensa pública en América Latina*" Estudios sobre Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Panamá, dirigida por Ana Garita; San José, Costa Rica, 1991.

76 BERIZONCE, Roberto O.: op. cit., pág. 16.

77 Este fue básicamente el sistema utilizado en Estados Unidos hasta entrado el 1900, denominado "Asesoría legal designada": mediante el cual la Corte nombraba un abogado que representaba al indigente acusado. Los honorarios eran inexistentes o muy bajos, con lo cual los abogados designados "recurrian a arrancar un honorario adicional al acusado o a su familia"; en ZEMANS, Frederick H., op. cit., pág. 9.

78 Entre otras, STC 42/1982 (FJ 2); STC 180/1990 (FJ 3); STC 135/1991 (FJ 2).

79 En igual sentido, ZEMANS, Frederick H.: op. cit., pág. 10.

no sólo en la conformación de jurisprudencia, sino en la dinámica general de actuación de la justicia⁸⁰. La burocracia, los salarios en general bajos⁸¹ y la rutina, son sin embargo los mayores riesgos a los que se hayan expuestos los sistemas de defensorías oficiales⁸².

Tampoco pueden soslayarse a los servicios legales proporcionados por abogados asalariados y trabajadores legales comunitarios que operan desde oficinas establecidas en la comunidad, cuyo objeto puede estar determinado por tipo de cliente, o por tipo de caso⁸³. Revisten especial importancia en aquellas regiones que cuentan con elevados porcentajes de comunidades indígenas.

Los sistemas mixtos, como los que se encuentran en muchos Estados de Estados Unidos, o el modelo de Quebec y Ontario⁸⁴, en Canadá, o incluso el previsto –aunque en forma limitada– en el anteproyecto del servicio público de defensa penal de Guatemala⁸⁵, buscan brindar un abanico de alternativas para la prestación del servicio de modo de responder con agilidad y eficiencia a las necesidades diversas que presenta la realidad. En suma, orientado a la coyun-

tura especial, permite balancear la carga de trabajo de cada sistema, resolver situaciones de conflictos de interés y responder con especificidad al caso planteado, con el objetivo de sumar las ventajas de los dos modelos primarios de prestación y de neutralizar sus inconvenientes.

Cuestión diversa es la de sobre quién reposa la administración y gestión del sistema, y eventualmente su contralor.

Sin intenciones de realizar un análisis de las variadas formas que admite el derecho comparado, lo cierto es que en forma habitual las Asociaciones o Colegios de Abogados gestionan el sistema *Judicare*, independientemente del establecimiento de comisiones, o de la asignación a dependencias gubernamentales del control y seguimiento en la materia. En cambio, en los sistemas de *Servicio*, si éstos dependen de la estructura del Estado, hay que tomar la decisión sobre cuál debe ser su ubicación institucional y su esquema de dirección⁸⁶.

Ahora, es importante tener en claro sobre que punto se busca debatir cuando se discute la “ubicación institucional” del servicio de

80 La situación es asimilable a la de un gran estudio jurídico que toma intervención en la mayoría de casos de un determinado lugar. En países como Argentina y Costa Rica, la actuación de la defensa oficial ha provocado innumerables avances jurisprudenciales en relación a la protección de derechos humanos, llegándose incluso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Piénsese también en los efectos que sobre los procesos en general tiene la elección “generalizada” de la defensa oficial en relación con la eventual elección “en masa” de mecanismos de simplificación o suspensión de los mismos.

81 Es fundamental en estos casos equiparar remunerativamente a los servicios de defensa con los de la contraparte procesal, el Ministerio Público Fiscal; y a ambos con los jueces.

82 En Estados Unidos se han realizado muchos estudios comparativos que intentaron determinar el nivel de eficacia comparativa tanto entre los defensores públicos y otros programas con apoyo gubernamental, como entre los defensores públicos y los abogados privados. No obstante algunas sugerencias iniciales (por ejemplo que los abogados contratados conseguían menos condenas, o los defensores oficiales que se desecharan más casos), no fue posible extraer de los mismos conclusiones certeras. No obstante ello, de las encuestas a los propios beneficiarios del servicio surgía un miedo mayor a que los defensores públicos, en tanto empleados del Estado, tuvieran un compromiso mayor con el mismo que con ellos; en suma, sentían desconfianza: en FLEENEY, Floyd y JACKSON, Patrick G.: *Public Defenders assigned counsel, retained counsel: Does the type of criminal defense counsel matter?*, en Rutgers Law Journal, 1991, pág. 363, cit. en ZEMANS, Frederick H.: op. cit., pág. 14.

83 El concepto de las clínicas legales comunitarias se originó en Estados Unidos, y ya en los años '70 se diseminaron por Holanda, Canadá, Finlandia, Gran Bretaña, Nueva Zelanda y Australia.

84 Sistema mixto con prevalencia del modelo *judicare*. Un estudio citado por Frederick H. Zemans, op. cit., pág. 27, revela que en Ontario, el plan de asistencia legal gastó 213 millones en el año fiscal de 1991, mientras que para financiar las clínicas legales se gastaron 27 millones.

85 Sistema mixto con prevalencia y derivación a partir del modelo de *servicio de defensa oficial penal*. Así, se preveía: 1) Un cuerpo de abogados de planta que atienden prioritariamente la prestación del servicio, permitiendo el establecimiento de un cuerpo de abogados especializados, consustanciados con la temática y apoyados por unidades técnicas específicas; 2) La contratación por parte del Instituto de la Defensa Pública Penal –y para casos autorizados por la ley– de abogados litigantes por caso específico o por un tiempo determinado, principalmente para resolver necesidades que surjan de eventuales conflictos de interés en la defensa, o sobrecargas de trabajo; 3) La intervención de entidades o asociaciones vinculadas a los intereses de la defensa pública, para la prestación del servicio por sus abogados integrantes; 4) la colaboración de abogados voluntarios que no reciben honorarios; 5) Excepcionalmente, la participación de abogados del padrón del Colegio de Abogados, cuando todas las previsiones para asignar a un defensor público no hayan podido ser efectivas; 6) las tareas desarrolladas por los abogados supervisores de los Bufetes Populares, con objetivos pedagógicos. En verdad, muchos de los sistemas de defensa oficial establecen subsidiariamente una prestación mixta con abogados litigantes “obligados” en virtud de obligaciones éticas de la profesión. Normalmente la intervención de los mismos se prevé sin más, desentendiéndose el diseño de servicio de cómo se cumple esta prestación y de cuál es su contralor.

defensa oficial. Porque a la cuestión ligada a la ubicación del mismo, en verdad, lo que le interesa, es si el organismo "depende" de alguna autoridad que pueda intervenir -directamente o no- en las decisiones concretas de dirección del organismo y de gestión de los casos. Es decir, lo importante es el nivel de autonomía funcional en cada caso concreto: de la institución en relación a la estructura externa, y del defensor en relación a la estructura interna del organismo.

Desde un punto de vista general -e independiente de la validez que pueda otorgarse a estos argumentos-⁸⁷ suelen indicarse ciertas ventajas y desventajas de la pertenencia del servicio de defensa oficial en relación a cada uno de los poderes del Estado; así sería una "ventaja" la pertenencia al Poder Ejecutivo por la asignación de recursos de manera rápida y eficaz, y una "desventaja" la dependencia de la misma política criminal del gobierno de turno; en relación al Poder Judicial, sería una ventaja la unificación de la carrera judicial con la de sus integrantes, y una desventaja, la conjunción de los caracteres de juez y parte en la cabeza del mismo organismo (que normalmente se reserva las facultades últimas de sanción y el poder de nombramiento de empleados y ejecución del presupuesto); y en relación al Poder Legislativo, como ventaja se cuenta la posibilidad de integración representativa de sus estructuras y la sensibilización social, pero tiene la desventaja de posibles interferencias y presiones políticas sobre el carácter eminentemente técnico del organismo.

El modelo federal argentino introduce la pertenencia del servicio de defensa pública oficial a un órgano "extrapoder", según la ubicación institucional asignada en la reforma constitucional de 1994 (art. 120): El Ministerio Público, institución "bifronte", en el sentido de que tiene dos partes perfectamente diferenciadas (Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa), independientes entre sí, y con autonomía funcional y autarquía financiera. El Ministerio Público, para el cumplimiento de su función, no depende de nadie⁸⁸.

Una circunstancia particular y absolutamente representativa de la necesidad de autonomía funcional del servicio, se vivió en el debate en el seno de la Convención Constituyente Argentina el 15 de julio de 1994, en oportunidad de analizarse en la "Comisión de Sistemas de Control" sendos proyectos de regulación del Ministerio Público Fiscal. A tal fin, la Convención recibe la visita del Procurador General de la Nación para intercambiar opiniones sobre aquellos proyectos. El Procurador comienza su exposición explicitando las diversas funciones que a la fecha tenía el organismo a su cargo "*¿Qué es hoy el Ministerio Público? En el orden nacional tiene diferentes organismos, como ser el Ministerio Fiscal, que ejerce la acción penal...tiene los defensores oficiales, que por otro lado ejercen la defensa cuando no hay defensa particular y los asesores de menores, lo que se denomina Ministerio Pupilar... Todos tienen la cabeza en el procurador general, y yo me pregunto ¿qué puede pasar cuando vaya un fiscal que le diga cómo tiene que actuar en un caso determinado y luego vaya el defensor y le pregunte cómo va a defender? Pareciese*

86 En mayo de 1996 se celebró en Guatemala el Seminario internacional "Servicio Público de Defensa Penal: diagnóstico y perspectivas para su reestructuración", coorganizado por la Corte Suprema de Justicia, el Servicio Público de Defensa Penal, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, y la Unidad Conjunta de Naciones Unidas MINUGUA-PNUD, donde se debatieron las alternativas de organización de servicios de defensa pública en la región, con la participación de representantes de Argentina, Uruguay, Panamá, Estados Unidos, Perú, Costa Rica y Guatemala.

87 Vertidos en el documento de trabajo del Seminario aludido en la nota anterior.

88 Pero anualmente debe remitir a una comisión bicameral específica del Congreso de la República -que a la fecha no se constituyó-, un informe de actividades, conforme lo dispone la ley que regula su actuación (24.946). El superior jerárquico del Ministerio Público de la Defensa es el Defensor General de la Nación, quien tiene facultades muy amplias de superintendencia del servicio. Los defensores oficiales -al igual que los fiscales- son Magistrados, y tienen los mismos requisitos de selección (concurso público) y remoción (jury de enjuiciamiento) que los Magistrados del Poder Judicial; también iguales prerrogativas, inmunidades y remuneraciones. En Latinoamérica son absolutamente autónomos también, los sistemas de Brasil y Guatemala.

que hay una suerte de contradicción en la organización actual del Ministerio Público⁸⁹.

Ante una pregunta concreta del Convencional Masnatta, inquiriendo sobre cuál sería a su juicio la solución de "esta circunstancia esquizofrénica de ser al mismo tiempo titular de la acción y titular de la defensa ¿cómo la solucionarían?", el Procurador General contestó "Para mí tiene que haber un defensor oficial constitucionalizado, porque hoy la defensa tiene que ser garantizada".⁹⁰

Lo importante, entonces, es ver en cada país y de acuerdo a sus circunstancias, con cuáles instrumentos operativos se cuenta o se puede contar, para asegurar en el caso individual una defensa técnica idónea. Sin embargo, en Latinoamérica, las soluciones tradicionales a la cuestión habían consistido, básicamente, en repetir esquemas que necesitaban imperiosamente ser remixados, con lo cual sólo se otorgaba un alivio transitorio y una falsa idea de la naturaleza del problema⁹¹.

IV. Los desafíos

Ante una realidad de crisis, es común que se ensayen algunas posturas *reduccionistas*⁹² acerca de la reforma de la justicia. Así, existe una postura que expresa un *reduccionismo cuantitativo*: según este enfoque, el problema de la justicia penal es sólo una cuestión de falta de recursos humanos y materiales afectados, entonces, si se "inyecta" de recursos el sistema, se soluciona el problema. Esta postura no toma en cuenta que siempre, ante cualquier cambio de la situación preestablecida⁹³ se necesitarán nuevos recursos, y así sucesivamente, y más allá de la natural limitación de los mismos, cualquier otro cambio brusco de la situación, o cualquier necesidad distinta, deja en descubierto que no se atacó la raíz del problema. Pero también es posible hablar de un *reduccionismo procedimentalista* -conforme al cual todos los problemas de la administración de justicia provendrían de las fallas de las normas de procedimiento- y hasta de un *reduccionismo administrativo*, que cree solucionar la problemática

89 Palabras pronunciadas por el entonces Procurador General de la Nación, Oscar Fappiano en la Comisión de Sistemas de Control de la Convención Nacional Constituyente Argentina; en *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación*; 1995, Ed. La Ley, tomo IV, pág. 3558. Hasta el momento de la reforma constitucional, las defensorías oficiales dependían administrativamente de la Corte Suprema de Justicia, que había delegado en la Procuración General la superintendencia para determinados aspectos de gobierno. Por otra parte, el Ministro de Justicia era quien designaba a los defensores oficiales. Para evaluar la autonomía funcional de un organismo, no debe atenderse solamente a la circunstancia de toma de decisiones institucionales sin influencias externas, sino también, entre otras, a quien decide la contratación de personal, permite la firma de convenios, aplica sanciones a sus miembros o paga sus sueldos.

90 *Obra de la Convención Constituyente...*, tomo IV, pág. 3562. Posteriormente se aceptó la propuesta y fue remitida a la Comisión de Redacción de la Convención según los contenidos que se consideraron más importantes. El Convencional Bava defendiendo el proyecto aludía a la defensoría como "una figura casi olvidada por nuestra legislación" (pág. 4251). En definitiva, la Convención Nacional Constituyente aprobó el actual texto del art. 120 según las consideraciones efectuadas, pero definió de manera unívoca las funciones del Ministerio Público (cuando en realidad son funciones insitas al Ministerio Público Fiscal), error que se repite en la ley reglamentaria 24.946, que en sus primeras secciones regula de igual forma situaciones que son en verdad diversas y hasta pueden resultar opuestas (vgr. Funciones, principio de legalidad, excusaciones y recusaciones, entre otras), más allá de que después contenga secciones específicas para el Ministerio Fiscal y el Ministerio de la Defensa. El art. 120 CN dispone así: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones". En Centroamérica, las defensorías oficiales muestran distintas ubicaciones institucionales de acuerdo al país: por ejemplo, dentro de la estructura del Poder Judicial (Costa Rica) o como una entidad con total autonomía funcional e independencia técnica (Guatemala). En este último caso, la nueva ley del Servicio Público de Defensa Penal (Decreto nro. 129-97), sobre la base del anteproyecto elaborado en colaboración con la *Misión de Naciones Unidas para la Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala* (MINUGUA) en 1996, establece el cargo de Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal, representante de la institución que dura cinco años en sus funciones, pudiendo ser reelecto. Es elegido por el Congreso de la República de entre una terna seleccionada por el Consejo del Instituto de la Defensa Pública. El Consejo, de integración multisectorial e integrado por cinco miembros, es el contralor de las grandes decisiones institucionales, pero su mecanismo regular no inhibe la toma de decisiones temporáneas por parte del Director General.

91 En igual sentido, GUARIGLIA, Fabricio; *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*, Jurisprudencia Argentina, 1992-II, pág. 780, da como ejemplo "la más común -y por cierto, menos imaginativa- de querer aumentar el número de defensorías y mantener un *statu quo* crítico, cuando lo imperioso es implementar cambios drásticos en el modelo de defensa oficial". Claro está que debe aumentarse el número de defensores oficiales, porque la disparidad existente entre éstos -que cubren porcentajes altísimos de casos- y los fiscales es abrumadora. Pero este es sólo parte del inicio de la solución del problema.

92 Ver BINDER, Alberto M.; *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, 1993, págs. 211 y sgtes.

93 Por ejemplo, un aumento circunstancial, pero exagerado, del número de causas totales de las defensorías, desbalanceando enormemente la carga de trabajo; o situaciones de conflicto de interés, o limitaciones de alcance territorial, entre otras.

a partir de la simple modificación de la forma en que se gestionan los casos judiciales.

Y muchas veces los proyectos de reforma de los modelos de asistencia jurídica han sido “acompañantes” de los proyectos más generales de reforma del sistema judicial; lo que explica quizá, el hecho de que a menudo hayan copiado sus estructuras de organización (organización *refleja*), y que compartieran también sus crisis administrativas y de gestión.

Todas esas posturas no reparan en que la administración de justicia es parte de un proceso político, social y cultural⁹⁴, y que sus problemas y soluciones, de igual forma, se insertan en procesos de esta naturaleza.

Los modelos de asistencia legal, se fundamentan en el reconocimiento de una obligación que asumen los Estados para la provisión de servicios jurídicos a quienes no acceden a ellos de otra manera. Pero lo cierto es que hoy, más allá de la existencia de un amplio consenso colectivo sobre la necesidad de asegurar íntegramente la defensa igualitaria de derechos, es preciso dar un paso más: el de la detección diferenciada de los obstáculos que impiden esa concreción: distinguiendo, por ejemplo, entre vallas económicas y socioculturales; o entre situaciones deficitarias a causa de la falta de defensores públicos por carencias presupuestarias, o por problemas estructurales de la defensa oficial que inciden en la prestación del servicio, para, a partir de allí, establecer canales de superación⁹⁵.

Independientemente de cuál sea el sistema de defensa pública elegido, se deberá también considerar:

- Que deben ofrecerse al imputado, en tanto titular de la garantía y beneficiario del sistema, márgenes de opinión, crítica y aún rechazo del defensor público asignado. La hipótesis de mínima es que pueda “elegir” a su defensor público de manera *negativa*; es decir, que teniendo posibilidades concretas de recusarlo, no haga uso de las mismas.⁹⁶ Como contrapartida, se les debe reconocer a los defensores públicos posibilidades de excusación ante la asignación de un caso que realice el servicio, motivadas en criterios diversos a los establecidos en los códigos de procedimientos para jueces y fiscales; las que teniendo en mira un quiebre en la relación de confianza, consideren los eventuales conflictos que pueda ocasionar la relación imputado-defensor técnico⁹⁷.

- A la vez, siempre que el imputado estime que la actuación de su defensor lo satisfice, y en tanto no existan motivos de excusación de este último, se debe postular su continuidad en el caso. Los sistemas que establecen división de defensores por etapas procesales deberían evitar el seccionamiento entre la etapa preparatoria y el juicio oral, a fin de favorecer una estrategia temprana de la defensa.

- De igual forma se deben revisar las disposiciones procesales sobre sustitución de defensores, y atender especialmente la

94 BINDER, Alberto M.: op. cit., pág. 214.

95 LÓPEZ PULEIO, María Fernanda: *La defensa pública y el acceso a la justicia*, Publicación de las X Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, 15 al 18 de abril de 1997, San Martín de los Andes, Argentina.

96 Ni el PIDCyP, ni la CADH, ni el CEDH, reconocen el derecho de elegir libremente un defensor público, como tampoco los organismos que establecen la jurisprudencia de los mismos. Así, el Comité de Derechos Humanos expresó que “El Comité recuerda que el artículo 14.3.d) no concede al acusado la posibilidad de elegir su defensor de oficio” (Caso nro. 459/1991 55°. Sección Octubre 1995). Sin embargo, en el *Proyecto de Reglas de Procedimiento y Prueba* aprobado el 30 de junio de 2000 por la *Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional*, se establece en sus arts. 55.2.c) y 67.1.d) refieren el derecho de “tener asistencia legal atribuida por la Corte en todo tiempo que el interés de la justicia lo requiera, y sin costos si el acusado carece de medios suficientes para pagarla”; y el art. 4.17.c): “El Secretario creará y mantendrá una lista de abogados que cumplan con los criterios plasmados en el artículo 4.18. y los reglamentos. La persona elegirá libremente su abogado de la lista u otro abogado que cumpla con los criterios referidos y será incluido inmediatamente en dicha lista”.

97 Sobre todo en los sistemas que actúan como “reflejo” del Poder Judicial, se tiende a resolver de igual manera la excusación de los defensores públicos que de los fiscales, cuando en realidad la comparación debería realizarse con la de un abogado de profesión libre (por ejemplo que rechaza un caso por violencia moral). Además, es claro que en estos casos los jueces no deben conocer las razones de la excusación, porque estarían poniendo a los defensores públicos en la encrucijada de violar el deber de confidencialidad. Justamente, la razón de la excusación es la necesaria fortificación del derecho de defensa.

situación creada por la “inflación” de casos de renuncia-abandono de letrados particulares en la etapa previa al juicio oral; comprometiendo a los Colegios de Abogados en la solución del problema.

- Las normas que regulen la defensa pública deben establecer derechos-garantías específicos para los defensores públicos, más allá de las normas deontológicas de la profesión que operan subsidiariamente, y en especial, se debe asegurar la independencia técnica del defensor oficial para la estrategia del caso individual, y la confidencialidad con su asistido.

- Se debe asegurar el contralor y asistencia de la defensa pública desde el momento de la detención policial, y prever intervenciones de oficio.

- La asistencia jurídica debe extenderse a la consulta prejudicial, y permitirse a los defensores públicos recurrir a las instancias internacionales de protección de derechos humanos.

- Se debe poner especial énfasis en el control de idoneidad de la prestación, y en el control interno y externo de los servicios, para no librar la suerte de un sistema a la mayor o menor bonhomía de quien es elegido su conductor

- Se deben considerar sistemas diversificados de asignación de casos, incluyendo mecanismos de ponderación por complejidad, tipo de delito y gravedad, entre otros; y permitirse la conformación de equipos de trabajo.

- Se deben establecer mecanismos de selección de los miembros del servicio que sean ágiles y respondan a criterios de eficiencia.

- Se deben atender a la descentralización territorial de los servicios de defensa oficial, con posibilidades de gerenciamiento por áreas, y equipos técnicos de apoyo y consulta.

- Mas allá de las particularidades de cada lugar, puede considerarse como un modelo deseable de defensa pública para Latinoamérica, una fuerte institucionalización de la defensa oficial, que guiada por un importante nivel de compromiso con la protección de los derechos, pueda garantizar la defensa técnica eficiente en cada caso particular.

- Ello no obstante, se necesita abrir el abanico de alternativas para la prestación del servicio, más allá de sobre quien repose la responsabilidad primaria por la asignación, prestación y contralor general del sistema. Es irrelevante a estos efectos si el sistema que provee la defensa pública, se efectúa prioritariamente mediante funcionarios públicos, ya que, a diferencia de los fiscales que representan la acción pública, el carácter distintivo de la protección de la garantía es el rol de abogado, y éste es el único requisito constitucional para la defensa técnica. Entonces, ningún impedimento existe para la coexistencia de defensores de planta “funcionarios públicos”, y abogados de la matrícula con ejercicio libre. Y ello independiente de si cada sistema decide o no utilizar a estos últimos; y sobre todo, para estar preparado a responder a necesidades de la realidad.

- Se debe evitar hacer reposar la prestación del servicio en exigencias honorarias de la profesión. Como su nombre lo indica, un deber ético no puede traducirse en una exigencia de comportamiento normativo⁹⁸, pero las

98 El caso de la remuneración de los abogados “de oficio” se presentó en el TEDH el 23 de noviembre de 1983 (caso *Van der Musselle*). La cuestión se planteó en relación a si el abogado está obligado a sufragar los gastos que su asistencia ocasione y a no percibir honorarios por su labor. El caso se refiere a la anterior disposición en el derecho belga en el sentido de que se requería a quienes desearan ser incluidos en la lista del Colegio como abogado, una práctica obligatoria de casos de oficio, en forma gratuita. De la sentencia del Tribunal se extrae la conclusión de que si el caso de oficio hubiera sido complejo, la imposición de la obligación de defenderlo sin remuneración sería desproporcionada.

Asociaciones de Abogados deben asumir su función social y no desentenderse del problema.

- Igualmente, se debe involucrar a todos los sectores sociales comprometidos con el acceso a la justicia, y establecer nexos de colaboración.

La superación de la situación provocada por la violación del derecho de defensa reclama, primero, sensibilidad, y luego un actuar conjunto de los sectores comprometidos. El debate crítico sobre la realidad del derecho de defensa en nuestros países es siempre el punto de partida; pero si bien en muchos de ellos los problemas reseñados no han sido siquiera pensados como tales, es necesario dar el salto hacia los hechos.

Pero todavía queda mucho por hacer. En pocos ámbitos de la administración de justicia existe, como aquí, un margen tan amplio para repensar alternativas creativas, resonando con mayor intensidad las palabras del filósofo: *"O inventamos o erramos, y hasta qué punto repetir no es matar la utopía antes de que nazca"*⁹⁹.

De la idea que sobre el hombre y su dignidad tenga un sistema jurídico, se derivarán las normas que regulen la posición del eventual infractor al sistema penal. De la defensa que de esa propia dignidad realicemos todos, resultará la desidia o el compromiso sincero hacia un sistema de protección eficaz ante cualquier tipo de indefensión. ♦

⁹⁹ Debo esta frase al Prof. de la Universidad de Camerino, Dr. Alberto Filippi, a quien lo escuché pronunciarla en julio de 2000 en la Universidad de Tel Aviv, mientras parafraseaba al filósofo venezolano Simón Rodríguez en una conferencia sobre el pensamiento constitucional de Francisco de Miranda.

DEFENSA PÚBLICA, DERECHO DEL PUEBLO

STELLA MARIS MARTÍNEZ

*Defensora Pública Oficial ante la Corte Suprema de Justicia
de la Nación Argentina.*

1. Introducción

En julio de 1989 se celebraron en la ciudad de Buenos Aires las "Primeras Jornadas Interamericanas de Defensores Públicos y Tercer Encuentro de Defensores Públicos de Río de Janeiro"; en esa oportunidad los defensores oficiales cariocas repartieron gran cantidad de adhesivos con la leyenda que da título a este trabajo¹.

Más de una década después rememoré la frase, en virtud de un episodio perturbador: las palabras de Víctor Hugo Saldaño, el ciudadano argentino que estuvo a punto de ser víctima de la pena de muerte en Estados Unidos, cuando señaló que, en sus años de reclusión en el "corredor de la muerte", había visto pasar rumbo a la irracional matanza a muchas personas cuya única culpa era ser pobres y no tener dinero para pagar un abogado defensor².

Tanto Saldaño, cuya condena fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos luego de la intervención de dos letrados particulares subvencionados por el Estado Argentino³, como los restantes casos a los que el nombrado alude en su amarga reflexión, se

encontraban asistidos formalmente por defensores oficiales, profesionalmente aptos para desempeñar su rol, pero dispuestos a aceptar la calidad de meros "legitimadores de condenas"⁴.

Esta efectiva falta de defensa sustantiva no es exclusiva del deslucido panorama penal estadounidense⁵ -al que, inexplicablemente, ciertos círculos políticos y jurídicos de nuestro país intentan remedar mediante la importación de diversas instituciones- sino que se percibe con distinta gravedad en toda América, desnaturalizando, en los hechos, la afirmación de que la defensa pública, entendida como un servicio organizado, supervisado y -en caso necesario- subvencionado por el poder estatal, es un derecho del pueblo y, por ende, una obligación del Estado.

Pese al tiempo transcurrido desde la vigencia de las distintas Constituciones americanas que incorporaron a su elenco de garantías fundamentales el derecho de defensa, pese a la ratificación de variados Tratados de Derechos Humanos que refuerzan el concepto, un significativo número de operadores del sistema

1 En la formulación original: "Defensa Pública, Direito do Povo".

2 Recordemos que en Estados Unidos "una buena defensa en un caso criminal demanda, según los expertos, no menos de doscientos cincuenta mil dólares". (Conf. Cardoso, Oscar Raúl, "Pena de muerte, en revisión", Diario "Clarín", 17-6-00).

3 Los argumentos en que basó su decisión el máximo tribunal estadounidense consistían en la comprobación de que la declaración de culpabilidad de Saldaño había tenido especialmente en cuenta la opinión de un psicólogo filipino, según el cual los hispanos poseen carácter violento. Esta apreciación, claramente discriminatoria, no fue objetada por el defensor oficial asignado al caso.

4 La situación parece repetirse en el caso del recientemente ejecutado Gary Graham: esta vez la defensa oficial no cuestionó la circunstancia de que el arma incautada al nombrado en el momento de su detención no se correspondía con el proyectil encontrado en el cuerpo de la víctima (conf. "Clarín", Buenos Aires, 23-6-00).

5 Un estudio sobre más de cuatro mil quinientos casos realizado por la Universidad de Columbia revela que el sistema estadounidense de pena de muerte "se está colapsando bajo el peso de sus propios errores": las principales razones que se destacan son "incompetencia de los abogados" y fallas en los procedimientos de los fiscales. Es innecesario recordar que, toda vez que los imputados suelen ser carentes de recursos (y pertenecientes, en gran su mayoría, a la minoría negra, hispana o india), los abogados a los que alude el estudio son defensores oficiales. ("La Nación", Bs. As., 12-6-00)

penal sigue visualizando la defensa en juicio, y, en particular, la defensa penal, como una concesión graciosa del Estado cuya "ultima ratio" sería la legitimación de las condenas⁶, o, a lo sumo, como un derecho que sólo poseen los inocentes.

Es interesante observar la actualidad de este fenómeno en nuestro país. La Constitución fundacional de 1853 incluía en su art. 18 la garantía de la defensa en juicio⁷, dispositivo que se mantuvo inalterable a lo largo de todas las reformas constitucionales⁸. A su vigencia secular vino a sumarse la novedosa concesión de jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos, expresamente contenida en el art. 75 inc. 22 de la C.N., modificación incorporada en la reforma de 1994; varios de estos tratados consagran explícitamente el derecho de defensa y las modalidades que el mismo debe revestir⁹. Como si esto no fuera suficiente, también la reforma constitucional mencionada incorporó, en su artículo 120, la figura del Defensor General de la Nación, como cabeza del Ministerio Público de la Defensa, en teórica igualdad de condiciones con la cabeza del Ministerio Público Fiscal¹⁰.

Ante este esquema normativo, cualquier disposición que conculque la plena vigencia del derecho de defensa en juicio será lisa y llanamente inconstitucional. Es más, el Estado Argentino, si no asegurara acabadamente tal derecho, estaría incumpliendo sus compromisos internacionales, toda vez que los tratados de derechos humanos ya aludidos conllevan, para cada uno de los Estados signatarios, la obligación de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para asegurar de manera efectiva el goce y ejercicio de los derechos protegidos¹¹.

Tal exigencia deviene de la particular naturaleza de los Tratados de Derechos Humanos que, como bien señalara la Corte Interamericana "no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se

6 Vid. Tedesco, Ignacio F., "El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor. Su lucha por la conquista del proceso penal", en "Nueva Doctrina Penal", 1999/A, Editores del Puerto, pág. 207 y ss. En este artículo, el autor señala que la Cámara Nacional de Casación Penal convierte al defensor en un órgano más a los fines de la legitimación del proceso al afirmar, en el fallo "Guillén, Alejandro s/recurso de casación" (Sala III, causa 1011, reg. N° 158/97, resuelta el 2/5/97), que la existencia de asesoramiento previo por parte del abogado antes de la declaración indagatoria o su presencia durante el acto no son necesarios, toda vez que el imputado es quien ejerce su defensa material personalísima y su voluntad tiene carácter excluyente.

7 Sobre los antecedentes de esta garantía en el derecho hispánico vid. en este mismo ejemplar García, Luis Mario, "Defensa y Derechos Humanos". Tampoco podemos olvidar que desde principios del Siglo XVIII el Cabildo de Buenos Aires nombraba anualmente un defensor de pobres y menores (conf. Langevin, Julián Horacio, "Rol del Ministerio Público de la Defensa" en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año V, N° 8, "C", pág. 251).

8 Nuestro texto constitucional dispone genéricamente que "es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos", fórmula a partir de la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha derivado distintos principios (vid. sobre el punto Carrió, Alejandro D., "Garantías constitucionales en el proceso penal", 3ra. Edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1991).

9 La Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 8, inc. 2, ap. "d" establece el derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor y en el ap. "e" el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14 inc. 3, ap. "d" consagra el derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de los medios suficientes para pagarlo; y la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 37, inc. "d": afirma que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, y en el art. 40 reconoce el derecho de todo niño de que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley y en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado. Sobre el tratamiento del derecho de defensa en los instrumentos de derechos humanos vid. García, Luis Mario, "Defensa y Derechos Humanos", op. cit.

10 En la práctica, en función de la asignación de recursos materiales y humanos a uno y otro Ministerio, debemos seguir considerando a la defensa como la "hermana pobre" de la administración de justicia.

11 Conf. Abregú, Martín, "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción" en "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 7.

someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción¹²

Pese a lo expuesto, se mantiene la tendencia a privilegiar la actividad persecutoria del Estado, en desmedro de su obligación de garantizar a los ciudadanos una adecuada defensa. Esto se traduce en una serie de falencias, tanto de infraestructura como legislativas¹³, y tiene como efecto relevante robustecer el imaginario social y, particularmente, el de los operadores de los distintos segmentos del sistema penal, respecto a la relatividad del compromiso con el derecho de defensa.

2. El defensor como mero requisito legitimador de condenas

Los desconceptos sobre los que se edifica la apuntada falacia son básicamente dos. El primero de ellos, consistente en asumir al defensor como un mero requisito legitimador de condenas, está directamente ligado a la supervivencia de una ideología inquisitiva que hace que numerosos jueces sigan creyendo que, más que historiadores de los hechos e intérpretes de la ley, son constructores de la verdad.

Conforme con esta visión consideran al imputado como el objeto de la investigación, negando su calidad de titular de derechos, incluido el derecho a defenderse; estos magistrados, aunque no lo puedan expresar libremente, están

íntimamente convencidos de que la defensa es un mero estorbo, cuya actuación es absolutamente innecesaria, molestia que apenas merece que se la soporte estoicamente, toda vez que ellos son garantía más que suficiente de que el inocente será absuelto y el culpable recibirá un digno castigo.

Fieles a esta creencia suelen maltratar a los defensores¹⁴, descalificarlos, presionarlos, en un sistemático manejo de poder, huérfano de toda justificación¹⁵. Claro está que estos jueces adhieren a concepciones vetustas, a contrapelo de los principios que alientan el sistema acusatorio, cuyas garantías prolijamente describen los instrumentos de derechos humanos; son magistrados que siguen embarcados en una cruzada por "hacer justicia", omnipotentes e inaccesibles, ignorantes de que el único papel que dignifica la labor judicial es el de erigirse en custodio de las garantías.

El efecto deletéreo de esta postura sobre los derechos del acusado salta a la vista, toda vez que, aún cuando subsista en las formas, en la práctica se pierde la división de roles de los órganos estatales de persecución penal, esa plausible división funcional que no sólo impide la parcialidad del juez, "sino que también suprime la necesaria posición de objeto del acusado en el derecho procesal común. La circunstancia de que el acusado enfrente a alguien que se le opone (el ministerio público) da mayor libertad a su posición jurídica. Ya no es simple objeto de una *inquisitio* por el juez

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 74 y 75)", 24-9-82.

13 Sobre el punto vid. el artículo de mi autoría "Algunas reflexiones sobre el derecho de defensa en juicio", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año V, N° 8, "C", pág. 237.

14 Esta conducta se expande a los distintos segmentos del sistema penal, en particular, a aquellos desempeñados por personal perteneciente a fuerzas de seguridad: acabado ejemplo de ello es el tratamiento, muchas veces infamante, que suele dispensarse a los abogados defensores en oportunidad de sus visitas a las instituciones policiales o carcelarias (vid sobre el tema el Informe N° 2/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso N 11.509, referido a México, sobre Restricciones al derecho de defensa de Manuel Manriquez, de fecha 23 de febrero de 1999).

15 En el ámbito de la Defensa Oficial resultan frecuentes los conflictos relacionados con la fijación de audiencias, puesto que, pese a que la Defensoría General de la Nación ha dictado una resolución destinada a evitar que se fijen más de tres audiencias semanales para cada defensor, y ha solicitado a los jueces que acuerden la fecha de las audiencias con el magistrado de la defensa que actúe ante ese Tribunal, o con quien deba reemplazarlo o actuar conjuntamente, los problemas son incansables, revelando, de manera inequívoca, que no se otorga a la preparación de una defensa, la jerarquía que tal cometido conlleva. Ello pese a los claros términos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ha considerado, en el caso *Reid v. Jamaica*, que existió violación al art. 14, inc. 3, ap. "b" del Pacto de Derechos Civiles y Politicos, porque el tribunal no había dado al defensor un tiempo minimamente suficiente para preparar la defensa (Comunicación No. 307/88; sumario en el Informe Anual 1993 del CDH, 7/10/1993, doc. A/48/40, § 814). Vid. la cita y el comentario "in extenso" en García, Luis M., "Defensa y Derechos Humanos", op. cit.

omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, contra el cual puede arremeter enérgicamente, sin temer los inconvenientes y la parcialidad del juez¹⁶.

Cada vez que un operador del segmento judicial desprecia o ignora injustificadamente la labor de la defensa actúa de manera parcial, lesionando la garantía que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos integrantes del bloque de constitucionalidad que pacíficamente reclaman la necesidad de jueces imparciales y las bases mismas del sistema acusatorio¹⁷.

Va de suyo, que esta realidad discurre al margen de un discurso absolutamente respetuoso del derecho del defensa y en contradicción con afirmaciones tajantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en punto a exigir que la defensa exceda la mera formalidad y se traduzca en una realidad sustancial¹⁸, toda vez que una intervención meramente formal no garantiza el contradictorio¹⁹. Sin embargo, la falta de la debida consideración al ejercicio de la defensa suele revestir formas insidiosas, sumamente difíciles de objetivar; es por eso que, salvo groseras violaciones, resultará imposible obtener una reparación por la vía recursiva.

Son tantos los ejemplos que podrían ilustrar la filosofía criticada que resulta impracticable desarrollarlos a todos, si bien no podemos dejar

de señalar, como muestra paradigmática, la usual diferencia entre el trato dispensado por los magistrados a los representantes del Ministerio Público Fiscal con el que se otorga a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa²⁰, inequidad frente a la que predicar una supuesta paridad de armas es una mera expresión de deseos²¹.

Acertadamente se sostiene que "Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testificales y los careos"²².

La actitud omnipotente que cuestionamos se aprecia en toda su magnitud en el fuero de menores, donde, merced a la inexplicable omisión de la letra y el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño, se sigue reproduciendo el esquema pseudo-tuitivo, en función del cual sería absurdo pretender que un menor, amorosamente tutelado por magistrados que representan un Estado patronal, necesite defensa de ningún tipo.

16 Baumann, Jürgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentales y Principios Procesales*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 48, citado por Bovino, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, Editores del Puerto, 1998, pág. 243.

17 En su Informe Anual correspondiente al año 1998, Capítulo VII, *Recomendaciones a los Estados miembros en áreas en las cuales deben adoptarse medidas para la cabal observancia de los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos Humanos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sugirió: "En cuanto a los aspectos institucionales, la Comisión recomienda a los Estados miembros tomar las medidas necesarias para garantizar la independencia de los miembros del poder judicial. La imparcialidad y la transparencia son conceptos inherentes a la idea misma de la administración de justicia

18 Fallos 255:91 y 192:152, entre otros.

19 Fallos 308:1386.

20 No es extraño escuchar a empleados judiciales referirse al Fiscal, o a sus colaboradores, con expresiones tales como "ellos juegan en nuestro equipo", frase que suele revelar el sentir de los funcionarios y magistrados del Juzgado o Tribunal en el que esos empleados se desempeñan.

21 Respecto a los abogados de confianza la situación reconoce diversos matices, puesto que si bien se ven desfavorecidos frente a la defensa oficial, en tanto no cuentan con la familiaridad de trato que la actuación repetida frente a los mismos tribunales puede otorgar, el tratamiento más formal que se les dispensa, a la larga, suele resultar más respetuoso de los intereses del encausado. Por supuesto que también cabe hacer distinciones entre abogados jóvenes y representantes de estudios de renombre y entre perfectos desconocidos y ex-integrantes del segmento judicial.

22 Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón. Teoría del garantismo Penal", Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 614.

En este ámbito, es verdaderamente alarmante observar como el mito y la burocracia hacen tabla rasa con un eficiente derecho de defensa en juicio, pese a los claros términos del art. 40 de la Convención aludida. En efecto, tratándose de acusados mayores de 16 años, en el momento de celebrarse la audiencia para determinar su responsabilidad, campea la sensación de que se trata de un mero trámite de consecuencias inocuas, ya que lo más habitual es que, por aplicación del art. 4° de la ley 22.278²³, aún cuando el justiciable sea declarado responsable, se suspenda el dictado de la condena mientras se lo mantiene en observación. Si persiste su buen comportamiento, será absuelto. Ahora bien, si vuelve a delinquir, ese mismo juez-padre, traicionado en su confianza, no dudará en aplicarle sanciones más severas de las que se aplican a infractores adultos. Ello, en base a una declaración de responsabilidad dictada en una audiencia en la que las garantías pacíficamente reconocidas a los mayores de edad se han soslayado, en función de supuestos paradigmas tutelares que, en la práctica, protegen exclusivamente a quienes menos amparo necesitan²⁴.

3. ¿Sólo merecen defensa los inocentes?

El ejemplo anterior sirve para ingresar a la segunda falacia, aquella que perversamente sostiene que sólo merecen defensa los inocentes. Va de suyo que, toda vez que **todos los sometidos a proceso son inocentes y deben ser jurídicamente reconocidos como tales**, hasta que una sentencia destruya el estado de ino-

cencia del que todo ciudadano goza, parecería irrelevante la distinción. Sin embargo, resulta hartamente frecuente observar cómo un auto de procesamiento o una requisitoria de elevación a juicio tienen, en punto a la consideración de la inocencia del acusado, el mismo efecto que una condena.

En referencia a la justicia de menores, el cuestionable razonamiento aplicado al caso puede rezar así: se lo trató benévolamente y se volvió a equivocar, esto refuerza nuestra decisión en punto a estimarlo autor del hecho anterior y confirma la necesidad de imponerle una sanción, resultando intrascendente que en el juicio de responsabilidad no se hayan respetado debidamente las garantías.

Aforismos tan comunes como aquel que reza que todo hombre es inocente hasta que se demuestre lo contrario, resultan, en la práctica completamente desvirtuados, toda vez que se manejan verdaderos prejuicios que desnaturalizan el debate y lo convierten, en una enorme cantidad de casos, en una verdadera farsa, puesto que la decisión, en el fuero íntimo de los jueces, ya está tomada.

En términos sumamente claros, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuestionó actitudes de este tipo, señalando "La presunción de inocencia se relaciona, en primer lugar, con el ánimo y actitud del juez que debe conocer de la acusación penal. El juez debe abordar la causa sin prejuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer que el acusado es culpable. Por el contrario, su responsabilidad

23 Esta ley consagra el "Régimen penal de la minoridad" y, en el artículo citado, contempla la posibilidad de absolver al joven declarado responsable en caso de que el Tribunal estime innecesario aplicarle una sanción.

24 Días atrás debí concurrir, en reemplazo de una Defensora de Menores, a una de esas audiencias. En la misma, el Tribunal, no sólo hizo caso omiso a mi pedido de que se citara a todos los testigos para que prestaran declaración durante el debate, remitiéndose a la incorporación por lectura de sus declaraciones, solicitada por el Fiscal actuante, excepto respecto a dos de ellos que *el tribunal había estimado necesario oír*, sino que, en determinado momento, se indicó a mi defendido, joven de dieciocho años que estaba siendo juzgado por un delito cometido cuando contaba con diecisiete, que debía retirarse de la sala, junto con su madre también presente, ya que los dos únicos testigos citados habían solicitado que no estuviese presente el imputado cuando ellos declararan. Ante ello, hice notar que no se había requerido mi consentimiento ni el de mi defendido, quien, en teoría, sólo podría ser retirado de la audiencia en su propio beneficio o a su pedido, a lo que el Presidente del Tribunal replicó preguntándose retóricamente *para qué me iba a consultar si, dijera lo que dijese, igual lo iban a retirar*. Cabe advertir que, en esos momentos, quien ejerce la defensa se ve constreñido por el temor de que la lógica insistencia en punto a lograr el respeto de las garantías que rutinariamente se reconocen al imputado en los juicios de mayores conlleve para su asistido la privación de la prolongación del período de prueba y el dictado de una inmediata condena.

reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta²⁵.

Es evidente que la conducta procesal que se cuestiona es de harto difícil demostración, aunque un observador avisado puede percibirla; sin embargo, la dificultad para objetivarla suficientemente hace que continuamente los operadores judiciales recaigan en infracciones a los principios contenidos, por ejemplo, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que claramente consagra la presunción de inocencia²⁶, sin que sea sencillo vislumbrar correctivos eficaces al alcance de los defensores.

En este tipo de supuestos es posible apreciar cómo ciertos magistrados actuantes, ya sea en la etapa instructoria o durante el juicio oral, pierden toda imparcialidad y orientan su actividad a evitar que la acusación pierda vigor. Sólo se tolera con simpatía la actividad de la defensa en aquellos contadísimos casos en que el magistrado actuante, también por medio de un indebido juicio previo, ha decidido la inocencia del encausado.

Esta presión constante²⁷, sumada al tratamiento despectivo que suele merecer el trabajo de los defensores, conduce a que ciertos colegas caigan en el mismo error que se señala para los Tribunales, y modifiquen su ímpetu defensorista según crean -o sepan- que su defendido es culpable o inocente²⁸. Esta desviación también es inaceptable. No debemos permitir que elemento alguno perturbe nuestro ánimo de modo tal que no seamos capaces de ofrecer una defensa que compense, aún en

mínima medida, la disparidad de fuerzas de un individuo enfrentado al aparato represivo estatal. Nosotros tampoco somos constructores de la verdad; nuestra única misión es impedir que una persona sea condenada cuando no existe certeza jurídicamente objetivable de su culpabilidad.

Es importante recordar cómo describió la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal la función del defensor, en un fallo donde se anuló una condena, precisamente, por afectación de la asistencia y representación en el proceso del acusado. Así manifestó que: "Asistencia es consejo; es transmitir desde el punto de vista técnico aquellos elementos que obran en su detrimento. Es labor desarrollada **siempre a favor del imputado**, dentro del marco de la legalidad y al amparo de la Constitución Nacional. ...la representación se refiere a la actuación del abogado en los actos que practica en su ministerio por el imputado, es una particular representación conforme a las leyes procesales. Son todos los actos del proceso controlados y vigilados por los ojos del defensor, y mirados desde la óptica de éste, son **pretensiones, requerimientos, resistencias** y demás actuaciones útiles **en procura de un logro a favor del imputado**" (la negrilla me pertenece). (Costa, Juan s/recurso de casación, causa N° 971, 2/6/97)²⁹.

4. ¿Juicio abreviado o condena consensuada?

También debe integrarse a este contexto, adverso para la vigencia plena del derecho de defensa, el devastador efecto que sobre las

25 Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino en el Caso Guillermo José Maqueda. (Nueva Doctrina Penal, 1996/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, pág. 731).

26 El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas alude a la presunción de inocencia contenida en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos señalando: "...la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tiene la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso", Observación General 13, párrafo 7, cit. por Bovino, Alberto, op. cit., pág. 132.

27 Son habituales los reclamos destinados a evitar que se cite a un número elevado de testigos o a que se ofrezca determinada prueba con el argumento de que nada se logrará ya que resulta evidente que el imputado es culpable del ilícito que se le reprocha.

28 Hace pocos meses, durante una conversación con un colega, tomé conocimiento de que estaba a punto de firmar un juicio abreviado en un proceso determinado. Como conocía accidentalmente la causa, sabía que la prueba era escasa y que, probablemente, el imputado, que se encontraba en libertad, resultara absuelto en el juicio; asombrada, le pregunté por qué no llevaba la causa a debate, ante lo que me respondió que no lo hacía porque su defendido le había confesado (sic) que era culpable.

garantías de los imputados ha tenido la incorporación a nuestro sistema legislativo de la figura del juicio abreviado³⁰. La presión, expresa o tácita, que ciertos Tribunales ejercen sobre los defensores para que omitan los juicios es un dato de la realidad.

La técnica central de la que se valen para lograr su cometido -tanto ciertos jueces como algunos fiscales- es la velada advertencia de que si se lleva la causa a juicio y el acusado resulta condenado se le impondrá una pena más severa que la que ofrecería el fiscal en un juicio abreviado. La razón del incremento punitivo, según afirmaciones de numerosos representantes del Ministerio Público Fiscal, es que se le ha hecho gastar innecesariamente dinero al Estado celebrando un juicio. Ante situaciones como estas no puedo menos que pensar que hemos regresado al tiempo de las ordalías. En efecto, el imputado es llevado a un juicio que ni el Tribunal ni el Fiscal desean celebrar porque ya han decidido que es culpable; por ende, según la visión de estos últimos, **debe** renunciar a su derecho a un juicio justo. Si no lo hace y resulta condenado, haber ejercido sus derechos le significará la imposición de una pena de mayor magnitud³¹.

Prueba acabada de la predisposición de los Tribunales a aceptar con menor sobresalto una condena que una absolución resulta la circunstancia de que la abrumadora mayoría de los rechazos de juicios abreviados obedece a que los magistrados intervinientes consideran que debe imponerse al acusado una sanción más elevada.

Este panorama, claramente perjudicial para un ejercicio de la defensa conforme lo reclaman los instrumentos internacionales, se ve particularmente agravado debido al abuso del encarcelamiento preventivo que se practica en nuestro medio. En tales condiciones, ya no es la posibilidad de un incremento de la sanción lo que apura una respuesta afirmativa del procesado frente al ofrecimiento, por parte del Ministerio Público Fiscal, de un juicio abreviado, sino la oferta de una libertad inmediata.

Ahora bien, que se mantenga privada de su libertad a una persona cuando es fácil advertir que existen altas probabilidades de que recupere su libertad en el juicio, en función del monto de la pena que cabe lógicamente imponerle, con el exclusivo argumento de que si se la libera no se prestará dócilmente a ser juzgada, es avasallar, en aras a la ambición sancionatoria del Estado, la presunción de inocencia de todo imputado. En estas condiciones ¿quién puede hablar de paridad de armas durante la negociación de un juicio abreviado?

Recordemos que la posibilidad de negociar penas entre las partes reconoce como antecedente el derecho norteamericano, donde, a diferencia de nuestro sistema, es bajo el número de presos sin condena y los límites de la negociación pueden ser mucho más amplios, incluyendo, por ejemplo, la posibilidad de cambiar radicalmente la calificación del delito por otra significativamente menor. Lo expuesto en modo alguno implica que en ese medio el instituto funcione adecuadamente para los justiciables, por el contrario, también allí se revelan con toda crudeza

29 Este es un antecedente sumamente interesante puesto que privilegia la función real de defensa, descartando la cuestionable interpretación del abogado defensor como mero legitimador de condenas. En efecto, allí se anula la sentencia dictada por un Tribunal Oral, toda vez que se demuestra que el acusado había sido asesorado en el juicio por un individuo que, aunque decía ser abogado, carecía del título habilitante; lo relevante es que no se consideró que subsanase la falencia la presencia en el juicio de la esposa de quien decía ser abogado, pese a que ella sí revestía tal calidad profesional, argumentándose que partes esenciales del desempeño de la defensa habían quedado en manos de quien no estaba habilitado para desempeñar tal cometido.

30 Utilizo este término porque es el que brinda la ley y el que ha aceptado pacíficamente la doctrina, pero entiendo que es incorrecto describir el procedimiento de marras como un juicio, toda vez que no existe contradictorio de partes frente a un tercero imparcial. Sería más correcto denominarlo "condena consensuada".

31 En coincidencia con las apreciaciones de este artículo sobre los alcances del juicio abreviado vid. Ferrajoli, Luigi, op. cit., pág. 746 y ss. y Anitúa, Gabriel Ignacio, "En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el "arrepentido", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal, Año IV, N°8, A, Editorial Ad-Hoc, pág. 543 y ss.

las características necesariamente coactivas que lo revisten³².

Por los argumentos reseñados es fácil advertir que la labor de los defensores en este marco se reduce a tratar de resistir los embates de Tribunales agobiados de trabajo, reclamando soluciones rápidas; de representantes del Ministerio Público Fiscal que, con ofertas supuestamente tentadoras, tratan de hacernos olvidar que lo que estamos negociando es la inocencia jurídica de nuestros defendidos y de imputados, confundidos ante este nuevo discurso y - si están encarcelados- dispuestos a cualquier sacrificio en aras a recuperar su libertad.

5. La defensa pública como derecho

Más allá de la discusión en punto a si la defensa debe quedar en manos de abogados independientes, que reciban un determinado estipendio por su cometido, o deferido a los integrantes de un cuerpo de servidores del Estado, el punto previo es rediseñar el concepto de defensa como obligación del Estado y como derecho de todos los ciudadanos.

Esta concepción importa asumir que la obligación del Estado hacia los ciudadanos que han sido víctimas de un delito es de igual entidad que su deber frente a los sujetos que han sido reputados autores de una conducta ilícita. En el primer caso, deberá arbitrar un sistema de justicia eficiente que posibilite el acceso a la justicia y que asegure a la víctima una adecuada reparación por el perjuicio sufrido y, si ello es funcional a los intereses del Estado, la sanción de quien sea judicialmente declarado responsable en base a criterios de culpabilidad.

En el segundo, deberá garantizar no sólo un aparato judicial eficiente e imparcial sino también un sistema de defensa operativo y sustancial que actúe como una valla infranqueable para la burocracia, la ignorancia, los prejuicios y los preconceptos. Para que este paradigma se cumpla es fundamental asumir que la vigencia plena del Estado de Derecho exige que el interés del Estado en que no se condene a un inocente sea por lo menos equivalente al ímpetu que ese Estado ponga en la persecución de los culpables.

Siguiendo este orden de ideas, el paso fundamental es lograr que el Estado tome realmente a su cargo la misión de asegurar a cada ciudadano un asesoramiento legal efectivo, controlando tal cometido en los casos en que este sea ejercido por particulares y arbitrando el mejor sistema posible cuando se trate de asegurar la defensa de quienes carecen de medios para solventar la actividad de un abogado de confianza.

En este estado de cosas, cuando aún resta una dura batalla en aras a garantizar una defensa sustancial para cada uno de los procesados, si bien aceptamos que la defensa pública no es el único sistema que asegura un asesoramiento legal efectivo o que cumple con el mandato constitucional, estimamos que en los pauperizados países latinoamericanos, resulta irremplazable³³.

En primer lugar, sería absurdo desconocer que la clientela masiva del sistema penal está conformada por pobres cada vez más pobres; la selectividad innata al funcionamiento de los distintos segmentos y su privilegiado rol de con-

32 Vid. Sobre el tema Bovino, Alberto, "Simplificación del procedimiento y "Juicio Abreviado" en Cuadernos de Doctrina...cit., pág. 527 y ss.. En este artículo el autor en alusión al sistema de Estados Unidos y en abono de nuestra postura comenta: "... la práctica del plea bargaining ha merecido severas críticas. Se debe destacar, en primer lugar, que la pena que se impone a quien es condenado en juicio es sustancialmente más severa que la impuesta a quien renuncia a su derecho. Si unimos esta circunstancia al hecho de que el 90% de las condenas son obtenidas a través de la confesión, no se puede afirmar que el sistema "beneficia" a quienes confiesan sino, por el contrario, que perjudica a quienes no lo hacen, es decir, a quienes ejercen su derecho constitucional de obligar al Estado a probar la imputación en juicio. Así, el aumento significativo de pena que recibe quien es condenado en juicio - según algunos, el 40%-es el precio que se debe pagar para ejercer un derecho constitucional".

33 Es particularmente interesante el análisis que, desde la óptica de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, efectúa Luis M. García, "Defensa y Derechos Humanos", op. cit., donde aborda la gratuidad de la defensa como exigencia de no discriminación por razones económicas.

trolador social hacen que atrape en su red casi exclusivamente a marginados³⁴. Sólo una defensa a cargo del Estado garantizará a estos individuos un servicio eficiente³⁵. Todas las experiencias que, en el ámbito latinoamericano, intentaron convocar a los abogados con ejercicio libre de la profesión para que, ya sea como un servicio comunitario o recibiendo una remuneración que era siempre muy inferior a sus expectativas, se hicieran cargo de defender a los indefensos, fracasaron estrepitosamente.

En la República Argentina, la defensa privada es sumamente onerosa, en particular en el ámbito del derecho penal³⁶, y los profesionales, agobiados en su mayoría por la crisis socio-económica que también los alcanza, no están dispuestos a participar masivamente en programas de apoyo a la defensa. A ello debe agregarse que no hay motivo alguno para que se convierta en una especie de dádiva lo que configura un derecho garantizado por la Constitución Nacional. Dicho en otras palabras, no es necesario etiquetar a un ciudadano como "pobre" para que emerja la obligación del Estado de garantizarle su defensa; este deber existe para con todos los ciudadanos, independientemente de las medidas que luego tome el Estado para resarcirse por haber usado recursos públicos cuando el particular podía afrontar privadamente el gasto.

La opción alternativa, conformada por la contratación por parte del Estado de abogados con una capacitación realmente adecuada al caso que deberán representar, si bien es técnica

y jurídicamente incuestionable, resulta en este momento, económicamente impracticable³⁷.

Reconozco que los requisitos reconocidos internacionalmente en este campo son mucho más mezquinos, aún luego de conjugar los distintos instrumentos y la jurisprudencia tanto regional como europea desde la óptica del principio "pro homine"; es más, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que es el que trata con mayor amplitud el tema, en su art. 14, inc. 3, "d", introduce un confuso concepto cuando establece que el nombramiento del defensor de oficio, gratuitamente, debe verificarse "si careciera de los medios suficientes para pagarlo" y "siempre que el interés de la justicia lo exija"; el primero de los requisitos vuelve al estrecho concepto que limita al derecho de defensa como una necesidad accesoria, que permite "sancionar" con la indefensión a quien no está dispuesto a hacer frente a los gastos de un abogado defensor, olvidando que tal derecho es, paralelamente, una obligación del Estado.

El segundo requisito, por su parte, nos vuelve a introducir en un camino tortuoso: ¿qué significa que "el interés de la justicia lo exija"?... ¿que sólo merecen defensa los inocentes? ¿cómo podemos afirmar que un sujeto es inocente o culpable si todavía estamos debatiendo cómo se garantizará su derecho de defensa? Siempre, el interés de la justicia - y me estoy refiriendo a la verdadera justicia, no al sistema de administración de justicia - exige que la defensa sea lo más plena y perfecta posible, haciendo abstracción de los medios económicos del justiciable, sean éstos muchos o pocos.

34 Zaffaroni, Eugenio Raúl aludiendo al punto consigna "También es sabido que la selectividad que caracteriza el reparto del poder punitivo en todo el mundo hace que la mayoría de los procesados se hallen en esa situación, con una tendencia franca a incrementar su número absoluto y relativo, en razón de la polarización de la riqueza que provoca el acelerado naufragio de las clases medias urbanas", en "Estado de derecho y proceso penal", trabajo publicado en este mismo ejemplar.

35 Vale resaltar que el Congreso Constituyente de la Confederación de Defensorías Públicas Centroamericanas celebrado en Antigua, Guatemala, del 10 al 13 de febrero de 1998 coincide con esta visión: vid. sobre el tema el artículo de Antonio Maldonado y Alvaro Ferrandino en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", Año V, N° 8, "C", pág. 261 y ss.

36 Esta es una de las razones por las que un porcentaje que oscila entre el 70 y el 80% por ciento de los casos penales es absorbido por la Defensa Oficial.

37 Ejemplos como el de Gran Bretaña, donde tanto la Procuración como la Defensa son ejercidas por abogados altamente capacitados ("barristers") que son los únicos que pueden presentar un caso ante la Corte, asumiendo el Estado el costo de aquellas defensas en las que el acusado carece de medios, importarían en Argentina un gasto de magnitud tal que alcanzaría para decuplicar la capacidad operativa del servicio estatal hoy vigente. A diferencia de ello, los sistemas americanos que se valen del mecanismo "pro bono" solo aseguran una defensa desinteresada, habitualmente de bajo nivel y frecuentemente limitada en su actividad. (vid. en tal sentido el Informe 38/00 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referido a Grenada, de fecha 13 de abril de 2000, referido al Caso 11.743, Rudolph Baptiste).

El cuadro descrito exige una acción positiva de parte del Estado: la jerarquización del cometido de la defensa, su ejercicio por un organismo extrapoder que tenga paridad de armas³⁸ con el Ministerio Público Fiscal - representante de la política represiva del Estado- no sólo en el reducido ámbito de los juicios orales, sino en el diseño de la política criminal del país³⁹. En este sentido, la instauración de la figura del Defensor General de la Nación y el diseño del Ministerio Público de la Defensa,⁴⁰ integrado por defensores a quienes se les reconoce la calidad de magistrados, mediante la Ley de Ministerio Público han sido avances indudablemente alentadores, pero insuficientes. Pese al esfuerzo individual de sus operadores, la defensa aún no ha obtenido su espacio entre nosotros, todavía no ha sido reconocida como un verdadero derecho del pueblo.

En un reciente informe, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aludiendo a la garantía contenida en el art. 8 inc. 2 de la Convención, manifestó que "comparte la opinión de la Corte Europea a este respecto, la cual ha observado que, a raíz de la independencia de la profesión letrada con respecto al Estado, la conducción de la defensa es exclusivamente responsabilidad del acusado y de su defensor, sea éste de oficio o particular..A raíz de ello, la Comisión llega a la conclusión de que el artículo 8, inc. 2, ap. "c" de la Convención obliga a las autoridades nacionales competentes a intervenir únicamente si el defensor de oficio no brinda una representación efectiva en forma manifiesta o se le señala en forma suficiente a su atención"⁴¹.

La pregunta es: ¿está suficientemente garantizado el efectivo derecho de defensa si se deja su control exclusivamente en manos de los jueces? La respuesta debería ser afirmativa, ya que ellos son los encargados de velar por las garantías de todos los involucrados en el proceso penal; sin embargo, mientras se sigan detectando fuertes bastiones de ideología inquisitiva, mientras los operadores del sistema judicial no puedan introyectar en plenitud el concepto de imparcialidad, parece osado confiar sólo en ellos para asegurar la vigencia de la garantía.

Ferrajoli afirma que, para que la contienda se desarrolle lealmente y en igualdad de armas, se debería contar siempre con una defensa pública representada por un magistrado que, junto a la asistencia profesional del abogado de confianza y subordinado a sus estrategias defensivas, actuase dotado de las mismas funciones y potestades investigadoras que el ministerio público fiscal⁴².

Si la idea de un verdadero Ministerio Público de la Defensa no se consolida, si su concreción queda limitada a un incompleto cúmulo de disposiciones legales carentes de la vitalidad y de la fuerza imprescindibles para instalarla en el imaginario de la sociedad como una necesidad de primer orden, nunca cumplirá su destino de garantía de protección de los derechos de los más vulnerables y de pieza irremplazable en la construcción de la paz social y, por ende, en la vigencia plena del Estado de Derecho⁴³. ♦

38 Conf. Ferrajoli, Luigi, op.cit., pág. 614.

39 Sobre las funciones del Ministerio Público de la Defensa vid. Langevin, Julián H., "Rol del Ministerio Público de la Defensa", op. cit., pág. 253 y ss.

40 Vid. Ley Orgánica del Ministerio Público No. 24.946

41 Conf. Informe N° 41/00 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Jamaica, relacionado los Casos 12.023 (Desmond McKenzie), 12.044 (Andrew Downer y Alphonso Tracey), 12.107 (Carl Baker), 12.126 (Dwight Fletcher) y 12.146 (Anthony Rose), de fecha 13 de abril de 2000.

42 Ferrajoli, Luigi, op. cit., pág. 614.

43 Coincide con esta visión Zaffaroni, Eugenio Raúl, op. cit.

EL ACCESO A LA JUSTICIA

EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

MISAEAL GARZON

1. Introducción

El Estado Social de Derecho implica una exigencia ética al Estado que consiste en respetar y hacer efectivos no solo los derechos fundamentales, sino también aquellos derechos de segunda generación que buscan satisfacer las necesidades básicas fundamentales de todos los individuos dentro de la sociedad.

Un Estado Social de Derecho debe satisfacer las necesidades fundamentales de los individuos como respuesta a una exigencia ética, a los principios que lo orientan. Así pues, el Estado Social de Derecho va más allá del simple Estado bienestar, buscando garantizar «estándares mínimos de salario, alimentación, salud, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.»¹

Es decir, el Estado Social de Derecho rompe con la rígida dicotomía *contrato - caridad*, reconociendo en la obligación del Estado de hacer efectiva la igualdad material, una obligación de derecho, más que un simple acto unilateral de buena voluntad.

En el Estado Social de Derecho el propio Estado tiene la obligación constitucional de promover la igualdad real y efectiva, es un Estado que busca condiciones de igualdad reales y efectivas, los valores que guían un Estado de este tipo no son presupuestos ideales de este,

sino que han de ser contruidos, partiendo de que el derecho existe pero ha de ser interpretado para ser aplicado, por tanto el interés general debe ser construido por todos los integrantes de una comunidad.

La satisfacción de las necesidades del individuo es tarea esencial en el andamiaje de un Estado Social de Derecho, pues dentro de él se mezclan «*las preocupaciones liberales en torno a los derechos, así como las normas comunitarias de solidaridad y responsabilidad compartida, y los ideales de participación en la vida pública.*»²

2. El surgimiento del Estado Social de Derecho y su importancia en el desarrollo del concepto de Acceso a la Justicia.

El Estado bienestar surgió a principios del siglo en Europa como respuesta a las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político - administrativo jalonador de toda la economía social.

Fue bajo la dirección de esta forma de Estado que se iniciaron a abrir espacios a nivel institucional con el fin de hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia.

1 H.L. Wilesky, 1975. Citado por Ciro Angarita Barón en sentencia T-406 de la Corte Constitucional. junio de 1992.

2 Contrato vs. caridad. Nancy Frasser y Linda Gordon. En ISEGORIA, noviembre de 1992 pág 66

Bajo el dominio del Estado bienestar la caridad pasó de las manos de los particulares a ser política de Estado institucionalizándose los servicios legales de defensa para aquellas personas que demuestren precarias condiciones socio-económicas.

En este contexto ante la imposibilidad de los pobres de acceder a la justicia, debido a la gran diferencia entre la demanda por asesoría y la oferta, sólo existe una igualdad formal que generó una creciente deslegitimación del Estado.

El Estado Social de Derecho surgió entonces con base en dos exigencias, una económica como en el Estado bienestar, producto de criterios de eficiencia económica; y otra de carácter ético, que consiste en la «conciencia» por parte del Estado de «la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a ciertos bienes básicos de todos los ciudadanos.

La justificación ética da lugar al Estado Social de Derecho que se gestaba por distintos caminos desde mediados del siglo XIX y la justificación económica da lugar al Estado de bienestar.»³

El bienestar consiste en los diferentes deseos individuales de cada uno de los ciudadanos, es la búsqueda de la satisfacción de los intereses volitivos, de los deseos que en criterio de cada uno le pueden procurar su felicidad.

La justicia, en cambio responde a intereses críticos, a ideales de la razón que procuran la satisfacción de derechos básicos, como respuesta a una exigencia ética.

El Estado de bienestar se caracteriza por ser un estado paternalista que regula todas las circunstancias en la vida de los individuos, es el Estado quien decide lo correcto o lo incorrecto para obtener el bienestar de los ciudadanos.

Así el Estado tiene sus propios fines diferentes a los de los ciudadanos, pero con el poder de imponerles, aún contra su voluntad, el camino para procurarles el bien, para lograr su bienestar, por el contrario el Estado Social de Derecho no busca obtener el bienestar de los ciudadanos, sino cumplir con las exigencias éticas propias de su naturaleza.

Bajo esta forma organizativa el Estado debe proveer los requerimientos básicos para la satisfacción de unas condiciones mínimas de vida y propender por la garantía y realización de los derechos de los individuos.

Bajo estos principios el Estado Social de Derecho tiene el deber jurídico de garantizar el derecho de acceso a la justicia a todos los ciudadanos como resultado de una exigencia propia de su naturaleza, exigencia que encuentra fundamento en el derecho a la igualdad como pilar fundamental; en el Estado Social de Derecho el Estado debe garantizar a los ciudadanos este derecho como respuesta a una obligación y no bajo el concepto de un acto de buena voluntad para con los menos favorecidos.

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Fundamento de todo el proceso buscando el desarrollo real y efectivo del Derecho de acceso a la justicia se encuentra en la idea de igualdad de los ciudadanos, concepto que ha sido reconocido por el mundo desde los estoicos hasta los cristianos, expresándose finalmente como regla jurídica en las declaraciones de los Derechos Humanos desde finales del siglo XVIII hasta hoy.

El derecho a la igualdad surge en Colombia del propio texto constitucional que en su artículo trece postula en principio la igualdad total de

³ Adela Cortina. Ética y Estado social de derecho. En Ética y conflicto. Compiladora Cristina Motta. Tercer mundo editores, ediciones uniandes. 1995

los hombres, pero a la vez admite el trato diferenciado siempre y cuando este sea razonable y se encuentre justificado.

En nuestro ordenamiento jurídico justicia e igualdad son dos principios de estirpe constitucional que orientan la interpretación y el desarrollo legal de todo el sistema que nos rige.

La igualdad como bien a perseguir dentro de la sociedad, es un gran ideal que hace a una sociedad mejor en la medida en que vaya progresando hacia él, pero en sociedades como la nuestra, donde cada vez se hace más grande la brecha entre clases sociales y oportunidades, donde la justicia siempre es «para el de ruana», cabe entonces preguntarse como es posible llegar a un mínimo de igualdad que haga posible su realización de este principio.

Esta preocupación encuentra más hondas raíces tratándose del derecho de acceso a la justicia, donde una de las razones fundamentales por las cuales importantes grupos sociales no acceden al aparato jurisdiccional se encuentra en las desigualdades económicas, generándose por tanto una imposibilidad de justicia originada en las desigualdades sociales no resueltas.

En efecto, "El derecho de acceso a la justicia connota en la expresión de Cappelletti y Garth "Los medios gracias a los cuales los derechos se hacen efectivos". El acceso a la justicia es una cuestión que interesa al procedimiento, pero por su objetivo concierne al fondo del derecho: los medios tienen por objeto realizar la "justicia".⁴

El Estado Social de Derecho debe entonces garantizar con fundamento en el principio de igualdad el acceso de todos los coasociados a la administración de justicia.

"El acceso a la justicia es definido en relación con los programas y procedimientos que pueden posibilitar la tramitación de conflictos sociales o la adjudicación de derechos. (...)

Implícitamente, esta interpretación del acceso a la justicia entiende la justician como el conjunto de órganos, procedimientos, instancias, instituciones y contenidos normativos que estructuran la administración de justicia de un Estado. En consecuencia el término acceso a la administración de justicia se refiere a las posibilidades de acceder a la administración de justicia y, de esta manera, acceder al Derecho.

En última instancia, esta comprensión de la temática reconoce el Derecho como el espacio privilegiado para la realización de la igualdad social y, a la vez, para la obtención de la seguridad ciudadana. Garantizar a todos los sectores sociales, en especial a los menos favorecidos el acceso al Derecho es la meta.

En este orden de ideas, la asistencia y la asesoría jurídica, la educación legal masiva, la creación de espacios alternos a la administración de justicia formal para la discusión de conflictos y demandas sociales, han sido algunos de los medios utilizados por el Estado para contrarrestar las deficiencias de accesibilidad a la justicia y, en última instancia, "para garantizar la igualdad de los ciudadanos" enunciada en la ley.⁵

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA BAJO LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

La preocupación por hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia es reciente en Latinoamérica, por lo cual se vienen desarrollando modificaciones tanto a los sistemas normativos como a la rama judicial con el fin de lograr niveles de acceso de la población al sistema de justicia.⁶

4 Cappelletti Mauro. *Acces a la justice et Etat-Providence*. Institute Universitaire Europeen. Economica. Paris. 1984.

5 SANABRIA, Mauricio. *La justicia: entre la democracia y la modernización*. Revista pensamiento jurídico. Universidad Nacional de Colombia.

6 LECHUGA PINO, Ernesto. *Reforma y modernización de la Administración de justicia en la Región Andina*.

En general nuestros países están involucrados en diversos procesos de modernización de sus aparatos judiciales, con el fin de cumplir con la obligación de garantizar a todos los ciudadanos el acceso a la justicia, en Bolivia, por ejemplo, la reforma y modernización de la administración de justicia se ha dirigido a solucionar las principales debilidades del sistema judicial, reforma que se busca responda a los siguientes objetivos: mejorar el grado de equidad en la resolución de disputas, racionalizar los procedimientos para mejorar la oportunidad en la resolución de conflictos, satisfacer el adecuado acceso a la administración de justicia.

En Chile el Estado ha desarrollado un programa mediante el cual busca cumplir con la obligación constitucional de proporcionar a todas las personas igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos a través de cuatro Corporaciones de Asistencia Judicial.

Mediante este programa se entrega asistencia gratuita en juicios civiles, criminales, laborales, de menores y otros, para lo cual existen consultorios comunales en convenio con los Municipios, en los que trabajan uno o dos abogados, alumnos en práctica y en algunos son asistentes sociales.

Por su parte la Constitución Colombiana en su artículo 229 garantiza el derecho al acceso a la administración de justicia en los siguientes términos: "Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado." En estos mismos términos la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece en su artículo 2o. "El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. (...)"

Aunque el aparato estatal diseñado para administrar justicia no debe ser el recurso usado indistintamente para solucionar los conflictos

debe tenerse en cuenta que toda sociedad tiene que hacer frente a una serie de problemas, de conflictos sociales e individuales, algunos de los cuales se considera que no podrían resolverse - o, al menos, tratarse adecuadamente- sin recurrir a instrumentos jurídicos⁷, entre los cuales uno de los principales es la administración de justicia.

En la medida en que el Estado no garantiza a los ciudadanos este derecho con niveles aceptables de acceso, confianza y eficiencia se empieza a vivir el fenómeno de la justicia por mano propia originada en la desconfianza e ineficiencia del aparato jurisdiccional.

El Estado tiene la obligación Constitucional de procurar LOS SERVICIOS LEGALES A LA COMUNIDAD para todas aquellas personas que tienen conflictos y no tienen recursos para pagar un abogado, así mismo está en la obligación de adecuar vías expeditas para solucionar los conflictos de pequeña cuantía.

El Derecho como disciplina social parte de unos ideales políticos que se constituyen en la base para la construcción de toda la estructura de la sociedad; son los ideales de equidad, justicia y debido proceso los que orientan la labor de la Administración de justicia; el aparato estatal no puede convertirse en una forma de represión o en una actividad de papel que sólo garantiza formalmente los derechos de los individuos, la disciplina del Derecho no puede ser entendida como un área aislada en las actividades de la sociedad, sino como parte de la integridad política.

Esta exigencia es mucho mayor frente a causas criminales, en efecto, esta preocupación por mejorar los niveles de acceso a la justicia es más grande cuando se trata de temas relacionados con los sistemas sancionatorios penales; en efecto, encontrándose en esta forma de manifestación del Estado en juego las libertades fundamentales y garantías individuales más

que en cualquier otra forma de manifestación estatal y ante la responsabilidad del Estado, quien se encuentra instituido para garantizar unas condiciones mínimas a los individuos para que estos puedan desarrollar sus actividades individuales o en sociedad.

En el área del Derecho Penal en Colombia actualmente son dos las instituciones que propenden por el acceso de las personas de escasos recursos a la administración de justicia, son ellas:

A) DEFENSORIA PUBLICA

La figura del defensor de oficio dentro del proceso penal se encuentra consagrada en el artículo 140 del Código de Procedimiento penal, mediante esta figura "Se pretende que el Estado a través del defensor del pueblo (artículo 281 de la Constitución Política), quien actuará bajo la dirección del Procurador General de la Nación organice y dirija la defensoría pública que corresponde a un grupo de abogados y de estudiantes que cursen los últimos años de derecho para que actúen dentro de los procesos penales en defensa de los procesados que carezcan de medios económicos para atender sus obligaciones procesales."⁸

Mediante esta figura se busca cubrir la gran cantidad de demanda de defensores en procesos penales, demanda que resulta insuficientemente cubierta por la Defensoría Pública.

Según estadística suministrada por el DANE el 10% de los conflictos presentados ante la administración de justicia fueron asesorados por la Defensoría del Pueblo.⁹

B) DEFENSOR DE OFICIO

El Código de Procedimiento Penal en su artículo 141 establece la defensoría de oficio en los

siguientes términos: "Cuando en el lugar donde se adelanta la actuación procesal no exista defensor público, o fuere imposible designarlo inmediatamente, se nombrará defensor de oficio, la defensoría de oficio consiste entonces en que el funcionario designa un abogado para que defienda los intereses de un procesado que carece de medios económicos suficientes para atender su defensa.

Sobre este punto la Corte Constitucional ha dicho que la obligación de aceptar el cargo de defensor de oficio encuentra fundamento en la ley y es desarrollo de principios de la vida en comunidad, sobre este punto ha dicho el Alto Tribunal: *"Sin embargo, ello es apenas aparente, porque son esos mismos Tratados y Convenios Internacionales, los que permiten la prestación de ciertos servicios o trabajos que a pesar de considerarse forzosos u obligatorios no lo son. Dentro de ellos se encuentra «el trabajo o servicio (que) forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos». Se constituye así la norma demandada en pleno desarrollo del principio de solidaridad, contenido en el artículo 1o. de la Constitución, puesto que la defensa de oficio se presta en favor de una persona, que no está en posibilidad de defender sus derechos en el proceso penal que se adelanta en su contra. Además, el sacrificio exigido por la norma a quien se designe abogado de oficio, no excede al que ordinariamente va implícito en el cumplimiento de un deber cualquiera."*¹⁰

Esta institución se estructura como una forma de la función social que debe cumplir el abogado, sin embargo, esta es una manifestación del Estado bienestar que busca satisfacer las necesidades de los individuos bajo conceptos de caridad entendido en el sentido de ayuda a los más necesitados, por oposición a la concepción del Estado Social de Derecho donde la garantía

⁸ MARTINEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Editorial TEMIS. Octava edición.

⁹ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Derecho de acceso al servicio de justicia. Primera encuesta nacional de justicia 1997.

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 071 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

del derecho de acceso a la justicia se construye desde la perspectiva de una obligación estatal de estirpe constitucional.

C) CONSULTORIOS JURÍDICOS

El Decreto 196 de 1971 fija las competencias para las actuaciones de los Consultorios Jurídicos en los siguientes términos: Las facultades de Derecho oficialmente reconocidas organizarán con los alumnos de los dos últimos años lectivos Consultorios Jurídicos. (...)

Los estudiantes mientras pertenezcan a dichos Consultorios podrán litigar en causa ajena en los siguientes asuntos:

a) En los procesos penales de que conocen los jueces municipales y las autoridades de policía.

b) En los procesos laborales de única instancia y en las diligencias administrativas de conciliación en materia laboral.

c) En los procesos civiles en que conocen los jueces municipales en única instancia, y

d) De oficio, en los procesos penales, como voceros o defensores en audiencia.

Según estadística suministrada por el DANE el 9.8% de los conflictos fueron canalizados por medio de los Consultorios Jurídicos, lo cual permite aumentar los niveles de acceso a la justicia.

Desde su creación los Consultorios Jurídicos han contribuido en la asesoría a personas de escasos recursos con el fin de lograr que puedan acceder al aparato jurisdiccional; a pesar de la importante labor desarrollada resulta criticable la concepción que de estas instituciones tiene el Estado.

En efecto, el Estado ha convertido los Consultorios Jurídicos en el medio para solucionar las deficiencias presentadas por el sistema de Defensoría Pública, trasladando a las entidades educativas la obligación constitucional de garantizar el derecho de acceso a la justicia.

PROPUESTAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Los sistemas penales de todos los países del mundo tienen establecidas formas de asistencia legal para los ciudadanos que viéndose vinculados a procesos judiciales carecen de la posibilidad de acudir a los servicios particulares de representación por parte de abogados remunerados por ellos. La asistencia prestada en estas condiciones tiene dos formas primordiales, una primera a cargo totalmente del Estado con la implementación de la Defensoría Pública en la cual funcionarios estatales asumen la representación de los procesados; existe una segunda opción en la cual organizaciones privadas son las encargadas de garantizar la prestación del fundamental servicio de asesoría legal a quienes carecen de los recursos necesarios para obtener los servicios de un profesional del derecho.

El sistema colombiano actual se encuentra constituido por una forma mixta de asistencia legal, de un lado se acude a la Defensoría Pública, en manos de la Defensoría del Pueblo, y de otro se combinan las figuras del defensor de oficio y la labor de los estudiantes de los consultorios jurídicos universitarios.

La coyuntura actual cuando se debate una reforma de toda la normatividad penal, tanto la sustancial como la procedimental, nos permite enfrentar el desafío de pensar en formas de posibilitar a todos los ciudadanos sin distinciones de ninguna índole el acceso al fundamental servicio estatal de justicia.

Como ya mencionamos, nuestro sistema de asistencia legal es mixto y ello corresponde al reconocimiento estatal de su imposibilidad de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso al aparato jurisdiccional de los asociados.

Cuando se debate el acceso a la justicia y sus limitaciones debemos contar con la percepción social que del aparato se tiene. En

efecto, los conflictos no elevados al aparato jurisdiccional tienden a convertirse en génesis de la justicia privada o de la violencia. De acuerdo a recientes estudios entregados por el Consejo Superior de la Judicatura, dos son las limitantes más importantes en Colombia para los ciudadanos: La información y la carencia de recursos para financiar una asesoría legal.

Reduciendo el objeto de estudio a la jurisdicción penal es obvio que a pesar de existir formalmente garantía de asistencia, en la realidad los procesados de menores recursos se encuentran limitados al soporte profesional que puede ser prestado por la Defensoría Pública, cuyas limitaciones económicas, y ahora éticas, se encuentran en debate actualmente; a la designación de defensor oficioso, como respuesta a la obligación social nacida del ejercicio de la profesión de abogado, y por la labor de las Universidades por intermedio de sus consultorios jurídicos.

La práctica judicial nos permite confrontar críticamente la formalidad de la asistencia legal. En el caso de la Defensoría Pública ella no funciona en todos los municipios del país y en las grandes ciudades se debe limitar al apoderamiento de privados de libertad sin alcanzar la cobertura de todos aquellos procesados que requieren de la asistencia entregándose entonces la labor en los casos no cubiertos a la figura del defensor de oficio. A su vez la institución de la defensoría de oficio ha permitido una asistencia formal pero sin contenido material en la cual el papel del abogado es visto como de cumplimiento de requisito pero sin obligación distinta de la de tomar posesión del cargo y asistir en remedio de actuación a la diligencia de audiencia pública. Finalmente encontramos la actuación de los consultorios jurídicos universitarios en los cuales las limitaciones son las determinadas por la traslación de la carga del Estado a las instituciones de formación profesional que ven a su Consultorio como un centro de costo deficitario que debe desarrollar su labor con el

mínimo de gasto, exigiendo entonces de los docentes asesores una verdadera labor de apostolado con remuneraciones exiguas.

Un nuevo escenario de la asistencia legal deberá colocar en cabeza del Estado, verdadero obligado, la carga de garantizar de manera material el acceso a la justicia de los menos favorecidos.

Cualquier propuesta que se haga con el fin de promover el acceso a la justicia de los ciudadanos debe ser desarrollada con el fin de hacer efectivo un derecho de los ciudadanos, derivado de una obligación constitucional de garantizar la igualdad de los ciudadanos una de cuyas principales manifestaciones es el acceso de todos a la justicia.

En efecto, tal como quedó planteado para el Estado Social de Derecho debe, obligación de carácter constitucional, garantizar unas condiciones mínimas de todos los individuos para que estos puedan desarrollar su actividad como ciudadanos. No podemos regresar a la visión de la asistencia jurídica fundada en la caridad, visión que en la perspectiva del Estado Social de Derecho no tiene cabida.

PROPUESTAS FRENTE A LA DEFENSORÍA PÚBLICA

La Defensoría Pública actualmente asesora sólo el 10% de los conflictos, lo cual es revelador del esfuerzo que aún debe hacer el Estado con el fin de ampliar los restringidos medios para el acceso a la justicia.

Con el fin de ampliar la cobertura que este medio de acceso a la justicia brinda creemos que sería útil realizar una modificación de manera que las personas vinculadas al Ministerio Público y encargadas de ejercer la función establecida en el artículo 118 de la Constitución Política en los siguientes términos: El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por

los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.”

El procedimiento penal colombiano acoge un sistema mixto que se manifiesta inclinándose hacia el sistema inquisitivo en la etapa de investigación o instrucción, y hacia el sistema acusatorio en la etapa de causa o juzgamiento.

El sistema mixto implica una mezcla del sistema acusatorio y el inquisitivo, lo cual implica que acoge características de uno y otro sistema.

El procedimiento penal colombiano es mezcla del sistema acusatorio y el inquisitivo, donde la Fiscalía ejerce una función inquisitiva en la etapa de instrucción y de acusación en la etapa de juicio, razón por la cual y en desarrollo del principio del equilibrio de poderes la función del Ministerio Público en la etapa de juicio se encuentra de más teniendo en cuenta que los mismos sujetos procesales ejercen esta función.

En efecto, el sistema de pesos y contrapesos diseñado para que los diferentes poderes se controlen entre sí encuentra plena aplicación en la etapa de juzgamiento del procedimiento penal, donde las tres funciones principales que se cumplen dentro del proceso penal (acusatoria, defensiva y decisoria) son desarrolladas por diferentes sujetos procesales de manera que la función asignada al Ministerio Público de velar por el respeto de los derechos fundamentales y garantías constitucionales se lleva a cabo en la dinámica misma del proceso de juzgamiento haciendo innecesaria la presencia del Ministerio Público en esta etapa procesal.

PROPUESTAS FRENTE A LOS CONSULTORIOS JURIDICOS

Los Consultorios Jurídicos en el área penal manejan una importante proporción de las asesorías que se prestan a las personas de escasos recursos, en efecto, atienden según estadísticas elaboradas por el DANE el 9.8% frente al 10% que es prestado por la Defensoría Pública.

El Estado para diseñar los medios necesarios que proporcionen niveles aceptables de acceso a la justicia debe diseñar estrategias con el fin de hacer de estas instituciones el medio idóneo para la defensa y garantía de los derechos de los coasociados.

Frente a estas instituciones tengo dos propuestas básicas que desde una perspectiva integral buscan hacer más efectiva la respuesta de los Consultorios a las necesidades que surgen directamente de la función de prestar el servicio de defensoría a aquellas personas que no tienen acceso a la justicia por razones económicas.

En primer lugar resulta importante modificar la competencia asignada a los Consultorios con el fin de atender una extensa gama de opciones que actualmente se ven descubiertas en virtud de las restricciones a las que se ha sometido a estas Instituciones para actuar en calidad de apoderados o defensores dentro de los procesos penales.

Creo que esta propuesta encuentra respaldo en mi larga actividad no sólo como director del Consultorio sino como docente, considero que los estudiantes de Consultorio Jurídico se encuentran capacitados, con el apoyo de los instructores y docentes que trabajan en estas instituciones para actuar en procesos de competencia de funcionarios de superior jerarquía dentro de la estructura de la rama.

La Corte Constitucional ha respaldado la actividad de los Consultorios Jurídicos como garantes de derechos y garantías constitucionales, punto en el cual ha dicho: *"El inciso 3 del artículo 31 del Decreto 800/91, en cuanto establece que el defensor de oficio debe ser un abogado titulado, o un egresado de facultad de derecho oficialmente reconocida por el Estado, debidamente habilitado conforme a la ley o un estudiante miembro de consultorio jurídico, obedece a los lineamientos que la norma constitucional consagra sobre la asistencia del sindicado por un abogado dentro del proceso penal y, desde luego, en el policivo penal, el cual por su naturaleza jurídica similar, se rige por los mismos principios o garantías del debido proceso; pero se aclara, que aunque la norma permite confiar la defensa a quienes no son abogados titulados, ello no contraría el precepto del art. 29 en referencia, pues debe entenderse que el legislador, facultado por la Constitución para determinar en que casos se exigen títulos de idoneidad, ha habilitado especialmente al egresado de facultad de derecho que ha obtenido licencia temporal y al estudiante de derecho miembro de consultorio jurídico para actuar como defensores."*¹¹

En segundo lugar considero que el Estado debe contribuir al sostenimiento de estas instituciones, en efecto, tal como se encuentran diseñada la actual estructura el Estado ha trasladado su responsabilidad de garantizar el acceso a la justicia de todos los ciudadanos a las instituciones educativas constituyéndolas en el medio para aliviar en algo las deficiencias que presenta la Defensoría Pública.

Los Consultorios Jurídicos deben ser considerados por el Estado como el instrumento idóneo para responder en buena parte a las necesidades que presenta la demanda del acceso a la administración de justicia.

El Consultorio Jurídico no puede ser asumido por el Estado como un medio para suplir en última instancia las deficiencias que él mismo presenta frente al tema del acceso a la administración de justicia: debe por el contrario ser asumido como un engranaje particularmente importante que proporciona a las personas de escasos recursos la posibilidad de tramitar sus procesos haciendo efectivos sus derechos fundamentales y garantías constitucionales.

"La garantía de la efectividad del derecho le corresponde proporcionarla al Estado Social de Derecho, dada la importancia que este reviste, no sólo para los juristas sino para el conjunto de la sociedad. En este sentido, el gran reto de los años por venir en los escenarios del estado y la sociedad es acortar las distancias entre las formas y la realidad vigente en el ejercicio de los derechos; para ello será necesario tener siempre presente, que una vez que los ciudadanos hayan aprendido el discurso sobre la igualdad, atractivo de suyo, no quisieran ellos mismos ver lo contrario en las prácticas cotidianas de la convivencia"¹² ♦

11 CORTE CONSTITUCIONAL. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia SU 044 / 95

12 TORRES CORREDOR, Hernando. Acceso a la justicia, caminos para hacer efectivo el derecho. En la revista pensamiento jurídico. Universidad Nacional de Colombia.

PRINCIPIOS, INSTRUCCIONES Y ORGANIZACION DE LA DEFENSA PUBLICA*

ANDRÉS HARFUCH

*Defensor General de San Martín,
provincia de Buenos Aires, Argentina.*

I. Introducción

La provincia de Buenos Aires reformó en 1994 su Constitución, simultáneamente junto a la reforma de la Carta Magna del país.

Lamentablemente, los constituyentes provinciales no aprovecharon el impulso para reflejar en sus normas los radicales cambios sucedidos en el ministerio público en el curso de la reforma de los sistemas de enjuiciamiento penal latino-americanos.

La Constitución argentina de 1994 creó la figura del ministerio público como un órgano independiente de los otros tres poderes, con autonomía funcional, autarquía financiera y con dos jefaturas claramente diferenciadas: la del procurador general de la Nación, como cabeza del ministerio público fiscal, y la del defensor general de la Nación, como jefe de los defensores oficiales (CN, 120).

La Constitución de la provincia de Buenos Aires se quedó a mitad de camino y no por haber persistido en mantener al ministerio público dentro de la órbita del poder judicial¹, sino por no haber aprovechado la oportunidad para instituir definitivamente la figura del defensor general ante la Corte. De tal modo, el jefe actual de los defensores oficiales de la provincia de Buenos Aires es el procurador general ante la Corte, es decir, la máxima autoridad de los fiscales.

La normativa constitucional no se compe-
dece así con el profundo cambio hacia formas
acusatorias experimentado en la provincia tras
la reforma del código procesal penal en 1998
(ley 11.922) y la sanción de la ley de ministerio
público. En un proceso tendiente al acusatorio,
es imposible asumir en una sola persona la
facultad de requerir y la de defender.

Para intentar remediar esta situación y con-
forme lo autoriza la ley 12.061 de ministerio pú-
blico, el procurador general ante la Corte dispu-
so -en un primer momento- que el defensor
oficial ante el tribunal de casación provincial
asumiera la superintendencia de la defensa
pública.

En el ejercicio de esa jefatura sui generis
originada en el déficit constitucional apuntado
es que el defensor de casación impartió la ins-
trucción general sobre el juicio de la pena.

II. Las instrucciones generales en el ámbito del ministerio público de la defensa

Mucho se ha escrito acerca de las instruc-
ciones generales y particulares en el MPF, lo cual
resulta obvio por múltiples razones que no tiene
sentido aquí enumerar. No tanto se ha escrito,
en cambio, sobre las instrucciones en la órbita
de la defensa pública y las notas y principios
que signan su cometido y su organización.

* Agradezco a Alberto Binder sus consejos en la realización de este trabajo.

¹ Para una mejor aproximación al debate sobre la ubicación institucional del ministerio público, sus ventajas y desventajas, cf. Maier, Julio B. J., *El ministerio público en el proceso de reforma penal de América Latina*, en "Pena y Estado", n° 2, *Ministerio Público*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 174.

A ellos nos referiremos a continuación, antes de entrar en el comentario a la instrucción propiamente dicho.

II. 1. Historia de las distorsiones de la defensa pública

Para situarnos históricamente, al menos en forma fugaz, debe admitirse que uno de los más grandes afectados por la cultura inquisitiva ha sido la defensa oficial.

Ya es sabido que en épocas de la Inquisición las tres funciones de perseguir, defender y decidir estaban reunidas en el inquisidor. La investigación de la verdad real, y con ello las circunstancias de cargo o de descargo, más el dictado posterior de la condena o de la absolución, eran practicadas por el inquisidor. Desde que comenzaba la mera sospecha hasta la sentencia definitiva, el inquisidor era el único sujeto del procedimiento².

El avance de las formas acusatorias en el ámbito iberoamericano posibilitó, muchos siglos después, la lenta escisión entre las funciones de perseguir y decidir y, más tarde, las de perseguir y defender.

Pero el poder de la cultura inquisitiva es tan fuerte que aun hoy se hace sentir -y de qué manera- en los sistemas de defensa pública.

Así, durante muchísimos años se concibió al defensor oficial como un "auxiliar de la justicia".

Fuertemente limitado en sus posibilidades de defensa, se le negó su rol de parte y se lo redujo a un lugar completamente marginal³.

La Ordenanza de Villers-Cotterets de Francisco I (Francia, 1539) prohibió defender a los acusados. La Ordenanza de 1670 de Luis XIV -obra cumbre del sistema inquisitivo- ratificó la negativa a que al acusado tuviera asistencia técnica, aunque ello fuera intensamente discutido. Sólo la Revolución Francesa abolió este estado de cosas⁴.

La Ordenanza de la Justicia Criminal austríaca (*Josephinische Kriminalordnung*) de 1788 y el Codex Iuris Bavarici Criminalis de Kreittmayer de 1751 excluyeron transitoriamente al defensor del proceso penal y ordenaron al juez para que, de oficio, asumiera el rol del abogado y absolviera al acusado si la verdad por él alcanzada demostraba su inocencia⁵.

El *Malleus Maleficorum* -verdadero tratado general sobre la Inquisición recopilado en las Leyes de Indias de 1680- establecía entre otras cosas que las brujas y los herejes no podían ser defendidos porque "eran hijos del Mal y enemigos de Dios"⁶.

Esas y otras disposiciones evidenciaban las enormes limitaciones que se le imponían a la defensa y, como dice Carrara *llegó a ser vulgar el insulso dilema: o el acusado es inocente, y no necesita defensor, o es culpable y no debe ser defendido. Así se razonó durante siglos,*

2 El acusado era un puro medio en la búsqueda de la verdad: cf. Zachariae, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, 1846, p. 139, citado por Gössel, Karl Heinz, en *El defensor en el proceso penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1989.

3 *Arte de bajas intrigas*: así era concebida la defensa técnica durante los siglos que perduró la inquisición según Nicolini, U., *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, CEDAM, Padua, Italia, 1955, p. 5.

4 Cf. Esmein, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, 2ª parte, tit. 1º, cap. 1º, Ed. L. Larose et Forcel, París, 1882, p. 177 y ss., quien destaca la enérgica postura con que Lamoignon se opuso a esta prohibición de defensa técnica (citado por Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. 1., *Fundamentos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, ps. 312 y 315).

5 Cf. Armbrüster, *Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen*, 1980, p. 164; Vargha, *Die Verteidigung in Strafsachen*, 1879, p. 193; Lüderssen, *Festschrift für Sarstedt*, p. 148.

A su vez, Fischl, Otto, *Der Einfluß der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, Ed. Scientia, Aalen, Alemania, 1973, p. 3, precisa un poco más la función que cumplieron dos leyes claves de esa época: "El espíritu cruel de la Carolina respiraba también en el *Codex iuris criminalis Bavarici* del 7 de octubre de 1751 -del cual Holtzendorff dijo que "resistía el espíritu del Iluminismo y se aferraba con tozudez campesina a la superstición de la brujería y de la magia"-, así como en la austríaca *Constitutio Criminalis Theresiana* del 31 de diciembre de 1768".

Esta última fue definida de la siguiente forma por Berner, A. F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10ª ed., Leipzig, Alemania, 1879, p. 76: «Una ley voluminosa, burocrática y cruel, ilustrada además con dibujos terribles sobre las diversas formas de torturar».

6 Cf. Binder, Alberto, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 131.

lo que es peor, hay quien todavía le place razonar de esa manera⁷.

Expresiones lamentablemente tan vigentes como la de que *ciertos delinquentes no merecen ni que se los defiendan* reconocen su raíz cultural en esta idea del delito como pecado y de la pena como expiación que distinguió al sistema inquisitivo⁸.

A nadie pudo extrañar, entonces, la esquizofrénica ubicación institucional de la defensa pública o, más apropiadamente, su desubicación institucional. Durante siglos ni se la precisó. Cuando sí empezó a existir como un órgano más del poder judicial, lo hizo como servidor de los jueces en la búsqueda de la verdad real.

¿Cómo podía contribuir un defensor a conseguir esos fines?

Básicamente por lo que no hacía: por no acudir a la declaración del acusado para aconsejarlo, por no investigar mínimamente la existencia de prueba a su favor para proponerla, por no luchar por su libertad, por no verlo a lo largo de su encarcelamiento y por ni siquiera pedir por su absolución al final del juicio (normalmente, sólo pedían una condena en suspenso, lo cual era obvio si casi siempre llegaba confeso).

Naturalmente, este pavoroso cuadro tenía lugar gracias a la existencia de un sistema de enjuiciamiento sumamente inquisitivo que tornaba en obligatorio el encierro preventivo, el secreto del sumario y la incomunicación del detenido. Cuando éste llegaba a declarar ante el

juez, el defensor no estaba a su lado para asesorarlo. Como no estaba obligado a concurrir, el defensor no asistía a la declaración y, si alguna vez lo hacía, sólo podía aconsejarlo de viva voz para que se negase a declarar⁹.

Al no aprovechar siquiera estos mínimos intersticios, se producía el resultado inevitable que siempre obsesionó a los inquisidores: la confesión del acusado¹⁰.

Hasta el día de hoy muchos defensores alegan en el juicio como atenuante de la pena la *libre y voluntaria confesión del acusado, demostrativa de su voluntad de colaborar con la justicia en el esclarecimiento del hecho*¹¹.

Hasta tal punto llegó esta confusión de papeles que la defensa pública instaló físicamente sus oficinas al lado de las del juez y reprodujo su misma estructura burocrática de organización.

Este carácter fragmentario como auxiliar de la justicia evidenciaba el rol de alguien que, lejos de defender un interés exclusivamente individual frente al poder estatal, existía al lado del juzgado para facilitar su labor de averiguar la verdad.

A partir de la década del '80, y junto a los procesos de reforma del enjuiciamiento penal iberoamericanos, comenzó a acentuarse la crisis de esta concepción de la defensa pública y empezó su lenta separación del MPF y del poder judicial. Como ya se dijera en la introducción, la defensa pública federal en la

7 Cf. Carrara, *Programa de derecho criminal. Parte general*, vol. II, 2, Ed. Temis, Bogotá, y Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, § 990, p. 467.
8 Cf. Beulke, *Der Verteidiger im Strafverfahren*, 1980, p. 28: "En la inquisición, el defensor sólo podía ser considerado como una obstaculización en la actividad investigadora de la verdad por parte del tribunal".

9 Cf. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., 1997, p. 615: "La figura del ministerio público de la defensa nunca fue instituida, mientras que la del "defensor de oficio" no pasó de ser un simulacro...en la fase de la instrucción el defensor fue consecuentemente excluido, en continuidad con la tradición inquisitiva, hasta de la asistencia al interrogatorio del imputado. Y sus poderes se redujeron, en esta fase, a la facultad de entrevistarse con su defendido *después* del interrogatorio, de asistir a los experimentos judiciales, a las pericias, a los reconocimientos y a los registros domiciliarios, así como de tener vista del sumario una vez *concluida* la instrucción."

10 Cf. Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1969, p. 99: "La confesión era el precio de la victoria". También, Binder, Alberto, *Justicia penal y estado de derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, ps. 27 y 28.

11 Todos fallos jurisprudenciales de las cámaras de apelaciones de la provincia de Buenos Aires citados en Hortel, Eduardo, *Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, ps. 360 y siguientes.

Cf., también, Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ed. Ad-Hoc, 1996. Allí advierte acerca de los peligros de "premiar" a quien confiesa: inducción a la coacción y castigo a quien se ampara en el derecho magno a no declarar.

Argentina es hoy un órgano no sometido a ninguno de los tres poderes y escindido por completo del MPF. Pero, en la provincia de Buenos Aires, ambos siguen unidos bajo la jefatura del procurador general ante la Corte y pertenecen al poder judicial.

Los rasgos inquisitivos que persisten en esta estructura son fácilmente reconocibles. Binder los explica con sencillez y precisión:

En América Latina la cultura judicial es inquisitiva, tan inquisitiva como lo era la España de Felipe II y dentro de ella el ministerio público no es un adolescente, es un extraño, un convidado de piedra; el invitado a una fiesta (porque está allí, ha sido invitado) pero nadie sabe para qué está o qué se espera de él.

*Por supuesto, el ministerio público se organizó sobre la base de esta oscuridad institucional y adquirió un tipo de organización refleja*¹².

Binder se refería a los fiscales, pero el ejemplo es perfectamente aplicable a los defensores: los hay de primera instancia, defensores generales, defensores de casación, de corte y cada defensoría se organizó a imagen y semejanza del juzgado.

Esta ubicación de la defensa pública en el poder judicial ha tenido una influencia perniciosa: antes de sentirse obligados hacia sus clientes, muchos defensores oficiales se sentían más inclinados hacia la "gran familia judicial", a quien por ley constitucional debían controlar en su actividad persecutoria y decisoria. El interés individual fue así desplazado y, por ello, se dieron casos espantosos de violación de la confidencialidad entre el defensor y el acusado, indolencia, estado de indefensión, abandono virtual

de la defensa, presos olvidados que nunca vieron a sus defensores pero defensores que todos los días departían cotidianamente en sus oficinas con los integrantes del "mundillo tribunalicio"¹³.

II. 2. Posición procesal del defensor y límites de su actuación

El art 1º de la ley 12.601, LMP, define al ministerio público como *el cuerpo de fiscales, defensores oficiales y asesores de incapaces que, encabezados por el Procurador General, actúa con legitimación plena en defensa de los intereses de la sociedad y en resguardo de la vigencia equilibrada de los valores jurídicos consagrados en las disposiciones constitucionales y legales*.

Esta ley vuelve a incurrir en el grave error conceptual que ya padecen varias de las leyes de ministerio público iberoamericanas.

La defensa pública *no actúa* en modo alguno en defensa de los intereses de la sociedad, sino en defensa de un interés individual.

La ley describe fines que pertenecen inquestionablemente al MPF, pero nunca a los defensores oficiales. Es claro que la persistencia -de raíz inquisitiva- en que ambos se agrupan dentro de una misma estructura y bajo la égida del fiscal general es la que lleva a esta grave confusión de roles¹⁴.

Una interpretación más ácida de esta norma podría afirmar sin reparos que la defensa pública, en realidad, estaría más orientada hacia la satisfacción tradicional de la *necesidad social de justicia* que hacia el interés individual por librarse de las consecuencias de la persecución penal.

¹² Cf. Binder, Alberto, *Política criminal: de la formulación a la praxis*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 169.

¹³ Cf. Binder, Alberto, *Justicia penal y estado de derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, ps. 100 y siguientes.

¹⁴ Valga aquí la genial sentencia del maestro Ricardo C. Núñez: "La actividad del defensor es unilateral: por consiguiente, no está obligado a colaborar en la búsqueda de la verdad y si así lo hace, perjudicando a su cliente, resulta un *traidor* a su oficio", citado en D'Álora, Francisco, *Código procesal penal de la Nación comentado. Ley 23.984*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 146.

Si nos atenemos a lo sucedido a lo largo de la historia no debería porqué extrañarnos una interpretación semejante¹⁵.

Por ende, de la interpretación que se le otorgue al concepto "*intereses de la sociedad*" dependerá prácticamente la definición ideológica del rol del servicio público de defensa, de sus contenidos y, lo que es de máxima importancia, de sus límites.

Las posturas son encontradas: hay quienes piensan que, mediante el ejercicio de la defensa en juicio, el defensor responde tanto a la sociedad como a su defendido¹⁶. Esta tesis es la dominante y muchos autores adhieren a ella quizás intuitivamente; no obstante, es severamente cuestionada por Ferrajoli por inconstitucional¹⁷.

Otros sostienen que el defensor tutela sólo un interés individual, a través del cual se satisface indirectamente el interés social de que toda persona tenga asegurada la defensa en juicio¹⁸.

Nosotros, en cambio, afirmamos que la base conceptual que rige al ministerio público de la defensa es la *tutela de un interés exclusivamente individual vinculado a un derecho humano fundamental cual es el de la defensa en juicio*.

El defensor está ligado decisivamente al concepto de lealtad con el cliente; es a él a quien está obligado y no hacia la ley. Tampoco está vinculado a la defensa de ninguna necesidad social. Por más que cumpla con una función esta-

tal, no está en absoluto obligado a los fines de justicia y de verdad propios del juez y del fiscal.

II. 2. a. *El principio del mandato y la discusión en torno a la mentira*

Ya es sabido que el Estado ha asumido como uno de sus fines la persecución de los delitos y, a la vez, el de garantizar que no se castigue a los inocentes.

A esa necesidad debe su existencia la defensa pública y a partir de allí se definen la posición que ocupan y el rol que deben desempeñar sus miembros. Hemos visto cómo las distorsiones históricas que la caracterizaron la alejaron por completo del fin constitucional que debían cumplir.

Ha sido tan grande el daño que la cultura inquisitiva infligió a la defensa pública que muchos pensadores alumbraron, como lógica reacción, todo tipo de posturas relativas a la actuación del defensor tendientes, precisamente, a enfatizar su lealtad completa hacia el cliente y a *marcar su definitivo alejamiento de la idea de la búsqueda de la justicia*¹⁹.

Así surgieron tesis radicales como las de Lüderssen, que sostienen que el defensor debe ser despojado de cualquier componente de derecho público y que su relación con el acusado se debe regir por las reglas del mandato civil. Consecuentemente, el defensor está sujeto a la voluntad de su cliente y, por ello, *está autorizado a mentir*²⁰.

¹⁵ "El defensor debe ser considerado como un verdadero cooperador de la justicia, una luz de honesta verdad, un sostenedor del derecho": Slopato, *Commento*, IV, p. 427, citado en Oderigo, Mario, *Derecho procesal penal*, t. I y II, Ed. Depalma, 2ª ed., 1980, Buenos Aires, p. 330.

¹⁶ Cf., entre nosotros, Langevin, Julián Horacio, *Rol del ministerio público de la defensa*, en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", año V, n° 8/C, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 254.

En el derecho italiano, cf. Grevi, Vittorio, *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, Zanichelli, Bolonia, Italia, 1977.

¹⁷ Cf. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, cit., p. 684. El autor destaca que la mayor parte de la doctrina se dejó seducir por la concepción del defensor que, a la vez de defender al acusado, también presta un servicio a la sociedad, "*sobre la base de una distinción, diversamente argumentada, entre "derecho de defensa" y "garantía de defensa", como si ésta estuviera dirigida a tutelar un interés no sólo del imputado sino también del ordenamiento... Yo creo que la concepción de la "defensa" como funcional (también) a un interés público supraordenado al del imputado, además de desnaturalizar en sentido paternalista y autoritario la garantía de la defensa, choca con el art. 24 de la Constitución, que lo califica como derecho inviolable*".

¹⁸ Cf. Virrueta Aramayo, Miguel Ángel, *Principios legales y filosofía de la defensa pública*, MSD-USAID, Bolivia, 1995.

¹⁹ Puede confrontarse en Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, Ed. C. H. Beck, Munich, Alemania, 24ª ed., 1995, p. 114 el muy interesante comentario crítico sobre la indefinición de este papel "tradicional" del defensor: "Los contenidos y los límites de su actividad se definen entonces como el resultado de una ponderación entre intereses públicos y privados".

²⁰ Cf. Lüderssen, *Wie abhängig ist die Strafverteidigung?*, Festschrift für Hans Dünnebieber, 1982, Alemania, p. 263, y Ostendorf, *Strafvereitelung durch Strafverteidigung*, NJW, Alemania, 1978, p. 1345.

Otras tesis, sin llegar tan lejos, sostienen que la posición del defensor como "*órgano de la administración de justicia*" es conceptual y jurídicamente inasible, imprecisa y tiene el efecto de debilitar su posición procesal²¹.

Otros han afirmado, muy acertadamente, que el defensor oficial es un "*contrapoder social*"; un poder para detener y enfrentar al poder y no para allanarle el camino como antaño²².

También se lo ha considerado como un órgano "independiente" de la administración de justicia²³.

Finalmente, el famoso "Grupo de trabajo para la reforma del proceso penal" (Alemania) define con claridad la posición procesal penal del defensor: está *obligado* a la representación de los intereses del acusado²⁴.

Qué lejos está esta discusión de concebir un sistema de defensa pública orientado en función de los "*intereses de la sociedad*", cualesquiera estos fueran.

La literatura jurídica tradicional es particularmente crítica del principio contractual y del derecho del defensor a mentir, pero debe reconocerse que esos intentos provienen del fuerte rechazo por el rol histórico que el defensor cumplió como cómplice del fiscal y del juez durante la Inquisición²⁵.

Básicamente, se afirma que no es posible admitir la sumisión del defensor hacia los dictados de su cliente porque aquél, como sujeto

pleno e independiente dentro del procedimiento penal, no podría entonces pedir la absolución ni presentar testigos a su favor si ése no fuera el deseo de su representado, atentando contra su interés individual en librarse de la persecución penal y contra el también interés constitucional en que no se castiguen inocentes²⁶.

Respecto del derecho a la mentira emanado del mandato de representación, las objeciones son intensas: la mentira es un límite que el defensor no puede franquear.

La misión esencial del defensor público es la utilización de todas sus fuerzas y de su disponibilidad de medios para impedir o atenuar la reacción estatal contra su cliente, pero no puede mentir.

Ya Carrara advertía que *el deber de la lealtad no le impone al defensor obligaciones positivas, sino puramente negativas, es decir, lo obliga a no hacer, o sea, a no afirmar nada contrario a la verdad procesal y a no obrar por medio de artificios o de pruebas mendaces para que triunfe lo falso. Esta distinción (no siempre bien advertida) ha engañado a veces a los defensores, respecto a actos que son, ni más ni menos, delitos contra la justicia*²⁷.

Según Roxin, así como el fiscal y el juez, el defensor está obligado a decir la verdad *sobre la información fundada en su propio conocimiento que él introduce al proceso*. Esa obligación de verdad no le es exigible ya como un fin del procedimiento, sino por su posición de órgano de la administración de justicia. El defensor,

21 Cf. Knapp, *Der Verteidiger - ein Organ der Rechtspflege?*, JuS 74, Alemania, p. 20, 1974.

22 Cf. Holtfort, *Der Anwalt als soziale Gegenmacht*, Vorgänge 1977, Alemania, p. 78.

23 Cf. Schneider, Joachim, *Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege*, 1976, Alemania.

24 Cf. ARBEITSKREIS Strafprozeßreform, *Die Verteidigung, Gesetzentwurf mit Begründung*, 1979, Alemania, transcripto en Hanack, ZStW 93 (1981), p. 559.

25 Véase sino a autores como Bellavista, G., *Lealtà e probità del difensore e del accusatore privato nel processo penal*, en *Studi per Antolisei*, I, Milano, Italia, 1965 (citado en la obra de Lega, Carlo, *Deontologia de la profesión de abogado*, Ed. Civitas, Madrid, España, 1983, p. 163), que han traicionado a sus clientes en aras de la búsqueda de la verdad con teorías insostenibles como las que siguen: "si el acusado ha confesado en privado ante su defensor pero se obstina en negar su responsabilidad en público, el abogado debe aconsejarle que confiese y, si sus esfuerzos no llegan a ningún resultado, sugiere que se renuncie al mandato".

26 Cf. Gössel, Karl Heinz, *La defensa en el Estado de derecho y las limitaciones relativas al defensor en el procedimiento contra terroristas*, en "Doctrina Penal", 1980, Ed. Depalma, Buenos Aires.

27 Cf. Carrara, *Programa de derecho criminal*, cit., § 999 p. 473.

de admitirse lo contrario, perdería toda su credibilidad y autoridad ante el tribunal y, con ello, debilitaría su función de asistencia técnica al acusado.

Por lo demás, aceptar tal derecho a mentir no sólo desacreditaría al abogado sino que tendría consecuencias nefastas para la justicia²⁸.

Esta postura debe ser rechazada por efectista y por estar cargada de prejuicios cuasireligiosos, en los que se asimila la mentira al delito. La crítica expresa más una reacción visceral que una actitud racional frente al problema.

II. 2. b. *Deontología y moral en torno a la mentira en el proceso penal*

La cuestión ha sido enormemente debatida a lo largo de los años. En el Congreso Forense celebrado en Breslau, Alemania, en 1913, se discutió arduosamente si el abogado tenía el deber de no decir en juicio cosas contrarias a la verdad y de qué modo podría conciliarse con la obligación de tutelar el interés del cliente o de mantener el secreto profesional. No hubo unanimidad sobre el punto y por ello se acordó, por mayoría, que la mentira judicial (no la reserva) del defensor, aunque inspirada en el celo de la defensa, constituye una grave infracción al honor profesional²⁹.

Aun a pesar de no acordar con este dictamen, advertirá el lector que la censura a este proceder no es normativa, sino puramente deontológica y reducida al honor del abogado. La deontología forense -definida como la ética de la profesión de abogacía- es un conjunto de normas de contenido sustancialmente moralista que no alcanzan la categoría de normas de carácter moral, a pesar que, por ese componente ético, puedan tender a convertirse en algún momento en normas jurídicas³⁰.

Como veremos más adelante, si una norma moral no es jurídicamente obligatoria como ley positiva, pues entonces no hay restricción alguna a que, en el ejercicio de la defensa penal, el defensor pueda introducir un hecho no verdadero si el interés privado de su cliente así lo exige.

La naturaleza del problema requiere cambiar completamente el punto de vista para no caer en reduccionismos moralistas.

El principio rector es la *libertad en el establecimiento de la estrategia de defensa, tanto técnica como material*.

El acusado debe tener total libertad para elegir su estrategia de defensa dentro del marco de la licitud. Nunca podría admitirse que el defensor o el inculpado, en aras de la defensa del caso, sobornen testigos, los amedrenten o destruyan las evidencias, pues ello está incuestionablemente penalizado. Pero pareciera ser que allí radicara la fuente de tantos prejuicios; ahora bien, equiparar esa actividad delictiva al ejercicio concreto de la mentira respecto de los hechos sucedidos como estrategia de defensa es completamente equivocado.

En realidad, tras esos ropajes de exagerada indignación moral -injustificada, como ya se ha visto- se esconden los restos aún perdurables de la cultura inquisitiva, que se empecina en derribar toda resistencia que se le interponga en el camino de la búsqueda de la verdad.

Así como puede hacerlo el inculpado, también su defensor es libre de elegir la estrategia de la defensa técnica. Su límite no son las normas morales, sino el código penal.

La estrategia de la defensa puede consistir en la introducción de hechos positivos o negati-

²⁸ Cf. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 116.

²⁹ Cf. Calamandrei, Piero, *Demasiados abogados*, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1960, p. 89.

³⁰ Cf. Lega, *Deontología de la profesión de abogado*, citado.

También Ross, David, *Fundamentos de ética*, Eudeba, Buenos Aires, 1972, p. 267 y ss. Con más precisión, el autor sentencia que "la sumisión ante los códigos morales porque son aceptados por la sociedad significa la muerte del progreso del discernimiento moral".

vos que sean eficaces para la defensa del acusado. No es correcta la *posición pasiva o de obligaciones negativas* que la doctrina tradicional le reserva al defensor.

No hay ninguna norma que obligue al defensor a decir la verdad en contra de la estrategia y, fundamentalmente, de los intereses de su cliente.

Y sostener que el deber de decir la verdad surge de la pertenencia del defensor a la administración de justicia significaría admitir el absurdo que los abogados particulares no estarían alcanzados por tales deberes.

Allí radica la imprecisión del argumento; desde que los defensores de confianza no forman parte del aparato estatal y los defensores oficiales si son funcionarios públicos, no es correcto establecer limitaciones en la amplitud de la defensa a partir de esa fuente de pertenencia.

Por lo demás, debe precisarse qué es mentir en un proceso penal signado por la verdad procesal³¹.

Supongamos que, en un accidente de tránsito con lesiones culposas, el acusado le dice a su defensor que ese día la ruta estaba húmeda, que estaba nervioso y desatento porque su esposa estaba enferma y que iba un tanto rápido. El abogado, por el contrario, le aconseja que declare que ese día la calle estaba seca, que iba manejando sumamente tranquilo, concentrado y que la velocidad del auto era normal.

No se puede afirmar en modo alguno que esta sea actividad proscripta a la defensa.

No hay norma que prohíba al defensor desplegar estos argumentos *por sí mismo* o a través del acusado, como tampoco ley alguna que le obligue a decir que su defendido estaba nervioso, distraído, que iba a alta velocidad y que la calle estaba mojada.

Naturalmente, nadie sostiene que el defensor esté obligado a decir esa "verdad" en contra de los intereses de su cliente, pero la postura tradicional es que, en ese caso, el defensor debe limitarse a ser reticente en aras de no violar el secreto profesional³². No puede hacer más. No debe decir la verdad para no perjudicar a su cliente, pero su contribución a la prohibición de no mentir en el proceso -como miembro de la administración pública- lo obliga a permanecer impasible y le impide introducir en forma independiente esta visión de los hechos. En todo caso, deberá esperar a que el acusado lo haga.

Esto es inadmisibles y de dudosa adecuación constitucional: el límite de la defensa, tanto técnica como material, es la del código penal. La extensión de la defensa, por el contrario, la definen la Constitución nacional y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Estos impiden que se obligue al acusado a declarar contra sí mismo o a declararse culpable.

Si el acusado decide declarar, por ejemplo, que no estuvo en el lugar del hecho o que el arma no funcionaba o que era una réplica de juguete, está definiendo una estrategia de defensa material que es constitucionalmente válida aunque esos extremos no sean verdaderos.

También el defensor puede libremente introducir esta información al proceso, aun indepen-

31 Tradicionalmente, se han definido tres escenarios posibles relativos a la actividad del defensor y el derecho a mentir:

a) el acusado introduce por sí hechos falsos que son sostenidos por su defensor; b) el defensor aconseja a su cliente para que éste introduzca hechos no verdaderos al proceso; y c) el defensor introduce por sí y en forma independiente hechos no verdaderos al proceso.

La doctrina se enfrenta entre quienes niegan las tres opciones, quienes aceptan sólo una o algunas de ellas o quienes admiten todas. También discrepan en cuanto a la amplitud e intensidad de su ejercicio.

Al respecto, cf. Peters, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, Alemania, 3ª ed., 1981, ps. 213-216.

32 Carrara, *Programa de derecho criminal*, cit., p. 467, cita entre los deberes del defensor la fidelidad para no traicionar los secretos del defendido y la lealtad en todo lo que haga. Este último deber no lo obliga a ejecutar aquello que omite al acusador y conduzca a la culpa, pues esto sería contrario a su cargo, que en tales casos lo obliga a la *reticencia*.

dientemente del acusado y sin vulnerar ningún límite legal. Cercenarle al defensor público la posibilidad de sostener positivamente esta estrategia en aras de su pertenencia al poder judicial o de considerar que así se convierte “en cómplice o encubridor de su cliente³³” es inconstitucional, por limitar la garantía de defensa en juicio.

Síntesis: nada menos que Calamandrei sostiene que el único límite para un defensor es el juego limpio. Es decir, el defensor debe aceptar y respetar las reglas del proceso. Dentro de ellas no existe ninguna que diga que el imputado no pueda mentir. Por lo tanto, la función del defensor es ayudarlo a jugar de la mejor manera posible el juego del proceso.

Calamandrei *dixit*: “La lealtad prescrita es en el juego: el juego, esto es, la competición de habilidad, es lícito, pero no se permite hacer trampas. Pero en este delicadísimo mecanismo que es el principio dispositivo, en el cual cada una de las partes debe esperar la victoria únicamente de sus propias fuerzas y puede abstenerse de aducir elementos que puedan contribuir a la victoria contraria (*nemo tenetur edere contra se*), es muy difícil establecer hasta dónde llegan los derechos de una sagaz defensa y donde comienza el probable engaño³⁴.”

II. 3. Los principios que rigen la defensa pública y legitimidad de las instrucciones

Ninguno de los principios de organización del ministerio público se aplican a la organización de la defensa pública. Ésa es la regla general. El MPF y el MPD son organizaciones distintas con principios y fines distintos. Del mismo modo en que el MPF no se rige por los principios de la organización judicial tampoco la defensa pública se rige por los principios del MPF.

Son claves entonces los conceptos de organización propia y de organización refleja. Los jueces de los países anglosajones se organizaron en forma horizontal, fruto del sistema de juicio por jurados. Los jueces de los países de Europa continental y de Iberoamérica, en cambio, desarrollaron una organización judicial propia de fuerte contenido inquisitivo. Se trata de un modelo organizativo piramidal, vertical y jerárquico.

Hemos visto que el MPF copió esta fórmula histórica y se dio una organización refleja que poco -por no decir nada- tiene que ver con su función.

El caso de la defensa pública es aun más grotesco, ya que siempre estuvo agrupada dentro del MPF, por lo que su organización es doblemente refleja y sin consideración alguna a su utilidad para el desarrollo de su función primordial.

Ambas organizaciones se estructuraron así, por pura inercia, a imagen y semejanza del poder judicial.

La referencia es necesaria antes de entrar en el análisis detallado de la cuestión.

El art 2º de la ley 12.061 nos dice cuáles son los principios que la gobiernan:

El ministerio público es parte integrante del poder judicial y goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de su función requeriente.

Su organización es jerárquica y está regida por los principios de: unidad, indivisibilidad, flexibilidad y descentralización.

33 Cf. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, cit., p. 117: “El defensor debe abogar con sus mejores fuerzas -sin decir mentiras ni encubrir- pero tampoco sin violar el secreto profesional”.

34 Calamandrei, Piero, *El proceso como juego*, en *Estudios sobre el proceso civil*, t. III, del Derecho Procesal Civil, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1986, ps. 268 y 269.

II. 3. a. *El principio de unidad, indivisibilidad y de relación jerárquica*

Según este principio, se afirma que el ministerio público es único e indivisible: todo funcionario que actúe en un procedimiento, lo representa íntegramente. Sus recursos humanos son fungibles, pueden actuar en diferentes instancias cumpliendo roles diversos, *pero deben responder de manera uniforme a idénticos objetivos, en una misma dirección y evitando que la decisión personal pueda afectar los objetivos globales*³⁵.

A su vez, se organiza en forma jerárquica. Esto se traduce en que cada superior jerárquico controla el desempeño de quienes lo asisten y es responsable por la gestión de los funcionarios a su cargo, ya que él es el encargado de unificar los criterios de jurídicos de actuación y de administrar los recursos.

El procurador general (fiscal general) será el responsable final del cumplimiento de todas las funciones del ministerio público, para lo cual ejerce la superintendencia sobre todos los demás integrantes y dicta las instrucciones generales y particulares.

¿Son estos principios asimilables a la defensa pública?

Sin duda que no; la ley incurre en graves errores conceptuales cuya génesis está ya identificada.

El principio máximo que gobierna al MPD es la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio.

A partir de allí se desprenden todos los demás principios y sus notas características, que no son ni la unidad ni la indivisibilidad ni la organización

jerárquica ni, mucho menos como dice la ley, que el MPD cumple una función "requirente". La confusión es completa.

La defensa pública nunca puede regirse por el principio de unidad. No se concibe al MPD como un cuerpo único que acude en la defensa de un caso individual, pues eso destruiría el principio básico de confianza que rige la relación abogado–cliente.

La singularidad de cada caso impide que los defensores respondan "de manera uniforme a idénticos objetivos de carácter global".

El defensor público surgió a partir de la completa estatización del proceso penal, antes en manos de sus legítimos protagonistas. El interés particular del acusado en defenderse de una imputación penal adquirió interés público para cuando éste no pudiera hacerlo³⁶. Pero ese interés sobre el que actúan los defensores públicos sigue siendo privado y reducido al caso concreto e individual de cada persona.

De tal modo, no se puede afirmar que el defensor público represente al MPD en cada caso que le toque defender, ni que su "superior jerárquico" controle su labor o que el defensor general sea el responsable final de su desempeño defensivo.

La nota saliente de la relación abogado–cliente se funda en la confianza que el acusado prodiga a su defensor. Nace allí un fenómeno de interacción que distingue claramente la labor del defensor público de cualquiera de los otros intervinientes en el proceso penal y que coloca al *caso individual* en el centro de interés de este ministerio. La admisión del concepto de "recursos humanos intercambiables" que es propia de los fiscales, es incompatible en el caso de los defensores oficiales³⁷.

³⁵ Cf. Bruzzone, Gustavo, *Las llamadas instrucciones a los fiscales*, en "Pena y Estado", n° 2, *Ministerio público*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 222.

³⁶ Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, *Fundamentos*, Ed. Del Puerto, 2ª ed., Buenos Aires, 1996, p. 820.

³⁷ Esto no quiere decir que, por ejemplo, no se admitan divisiones por instancias en la defensa pública, con defensores oficiales distintos para la investigación preparatoria y para el juicio. Pero esos sistemas debilitan la relación abogado–cliente y por ello es superior el concepto de defensor oficial único en todas las instancias.

El abogado hará la defensa técnica de su cliente en permanente contacto con él, sin autoritarismos, garantizando la confidencialidad y sin imponerle indiscutidamente una determinada línea de defensa. Es una relación fundamental entre dos personas signada por el respeto a la diversidad cultural del acusado y su derecho a influir en las decisiones del defensor³⁸.

Por tal motivo es que se acepta universalmente que el defensor goza de independencia técnica para el ejercicio de su función. Puede consultar y exponer la problemática del caso dentro del MPD, pero la decisión final estratégica es exclusivamente suya. Nadie, ni siquiera el acusado, podrá obligarlo a que siga una determinada línea de defensa técnica. Del mismo modo, el defensor no podrá imponer estrategias de defensa en aquellos actos del procedimiento que dependan de la exclusiva voluntad de su defendido. Así, por ejemplo, no podrá obligarlo a desistir de un recurso si el acusado no quiere. Tampoco podrá obligarlo a decir lo que no quisiera en el acto de su declaración u oponerse a que ejerza la última palabra antes de cerrar el debate.

Se hace así evidente la impertinencia de los principios de unidad, de indivisibilidad y de organización jerárquica dentro del MPD.

II. 3. b. *Los principios de descentralización y de flexibilidad*

Estos dos principios informan sin duda alguna al MPD en cualquier sistema procesal penal tendiente al acusatorio formal, pues permiten una gran capacidad de maniobra para el cumplimiento de la función específica.

La anterior organización refleja del MPD, que reprodujo todos los vicios de la organización judicial, condenaba a la defensa pública a la parálisis y a la postración.

Con la reforma del CPP y de la ley de ministerio público en la provincia de Buenos Aires se transfirieron gran cantidad de atribuciones desde la cúspide de la pirámide judicial a los fiscales generales zonales y se creó la figura del defensor general zonal. La ley adoptó un régimen fuertemente signado por la descentralización y la flexibilidad, precisamente para evitar las rigideces y el anquilosamiento del sistema anterior, de neto corte vertical y piramidal.

El MPD en Buenos Aires adquirió una organización flexible, sobre la base de su capacidad de adaptación a las cambiantes situaciones que impone la dinámica de la defensa penal. Por ello es que el defensor general zonal podrá organizar y/o distribuir las distintas defensorías oficiales y todo el personal de la defensa pública de manera de asegurar la mejor y más eficaz prestación del servicio y el mayor aprovechamiento de los recursos existentes. El defensor general es libre de organizar el sistema más eficaz de asignación de casos para paliar la sobrecarga de trabajo y también puede realizar cualquier tipo de convenio zonal para la mejor prestación del servicio.

A su vez, se organiza en forma descentralizada pues, para el mejor y más adecuado cumplimiento del servicio, las diversas unidades que componen el MPD podrán ser distribuidas conforme las particulares exigencias de la defensa penal y del acceso a la justicia, de modo tal que una o más defensorías o cuerpos letrados podrán ser asignados a cumplir sus funciones en lugares distintos a aquellos en los que tuviere su asiento la sede departamental.

II. 3. c. *Las instrucciones en el Ministerio Público de la Defensa*

La defensa pública es una organización con recursos humanos y económicos y, como tal,

³⁸ Cf. Hulsman, Louk, *El paradigma abolicionista*, en "Garantías" Ed. Defensoría oficial de casación de la provincia de Buenos Aires, n° 2, La Plata, Argentina, 1999, p. 31, www.pjba.gov.ar/dcas.

debe ser conducida y gerenciada para que los defensores públicos puedan cumplir con su rol esencial.

De allí que el defensor general pueda dictar instrucciones generales y particulares. Pero las diferencias que distinguen su contenido de las que se imparten en el MPF son notables.

En primer lugar, no hay que confundir a la instrucción general con las políticas generales que signan el fin social del MPF.

Una instrucción en el MPD debe estar siempre orientada hacia la defensa del caso individual. *La regla de oro de la defensa pública es el primado del caso.*

Es por esa razón que una instrucción nunca puede servir para debilitar la relación abogado-cliente. Por el contrario, siempre debe buscar el fortalecimiento del caso individual.

Tampoco podría admitirse una instrucción que subordine el caso individual a necesidades de política general, como sí sucede en el MPF. Por ejemplo, el MPF puede dictar instrucciones para concentrar más eficientemente sus recursos en la persecución de los delitos de cuello blanco, en detrimento de los delitos de bagatela. Esto es una clara manifestación del principio de oportunidad.

Una instrucción de esa naturaleza en el MPD sería inadmisibles; la defensa no admite el principio de oportunidad.

“No se puede reducir la cantidad de casos a investigar para asegurar más efectividad en los casos de mayor trascendencia social. El MPD debe defender a todos y bien. El defensor oficial debe convertirse en el defensor de confianza del acusado.”³⁹

Dando esto por cierto, tenemos allí otra particular característica que las instrucciones deben respetar en el ámbito de la defensa pública. Una instrucción general en el MPD es ilegítima cuando destruye y atenta contra la relación cliente-defensor oficial. Toda instrucción debe garantizar su dignidad y su independencia técnica frente al caso individual. Es el defensor, como ya vimos influido con todas las posibilidades por su cliente, quien toma las decisiones estratégicas del caso.

Una instrucción debe ser desconocida cuando pretenda avanzar sobre la independencia técnica del defensor en el caso concreto.

Para ser más específicos: la ley concede al defensor todas las herramientas para cumplir con su función. Sólo él elegirá las que considere apropiadas en el caso individual en que lo toque actuar. Una instrucción del defensor general que lo obligue, por ejemplo, a pedir la suspensión del juicio a prueba en todos los casos que lleguen a la justicia correccional sería completamente ilegítima y debería ser cuestionada y resistida de acuerdo al procedimiento previsto en la ley de ministerio público.

La naturaleza de cada caso individual impide este tipo de soluciones y de imposiciones. Si el defensor cuenta con grandes chances de obtener una absolución en el juicio oral, debe rechazar la suspensión del juicio a prueba que se le pretende imponer por vía instructoria.

En cambio, la instrucción general que aquí se comenta respeta todas estas características apuntadas: no obliga a los defensores oficiales a solicitar la cesura del juicio. Lo deja librado a su decisión estratégica en el caso concreto. Pero su énfasis en que, con o sin cesura, se debata ampliamente la individualización de la pena es absolutamente legítimo, ya que tiende a fortalecer el sistema de defensa y a mejorar

las posibilidades de los acusados en la instancia de revisión en casación.

Otros ejemplos: se puede impartir una instrucción general relativa a la interpretación de una ley en su sentido más favorable y la recomendación de optar por ella.

Se puede establecer también que un determinado conjunto de delitos los tenga un determinado defensor oficial o se puede imponer que todo defensor que ha tenido un éxito profesional sobre una solución jurídica novedosa deba compartir esa información con los restantes.

Obligatoriedad de las instrucciones

Las instrucciones en el ámbito del MPD son obligatorias en función de sus múltiples cometidos. La ley de ministerio público de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 3°, dice que *el servicio de la defensa oficial se prestará por los defensores oficiales. Como colaboradores de éstos podrán incorporarse a las defensorías abogados de la matrícula con las condiciones y responsabilidades que establezca la reglamentación.*

Esto significa, en los hechos, la instauración de un sistema de defensa mixta entre defensores oficiales y abogados que se inscriban al efecto en las listas de la defensa pública, lo que supone el crecimiento de una organización ya integrada por muchos defensores oficiales, que necesariamente deberá ser conducida y gerenciada por el defensor general⁴⁰.

Sus herramientas serán las instrucciones generales y particulares, que deberán ser cumplidas obligatoriamente para estructurar del modo más eficaz posible la vida interna de la institución. De acuerdo a ello se desarrollará en forma correcta o no su función principal, que es la mejor asistencia al inculpaado.

III. El origen y contenido de una instrucción general del Defensor ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires

Como era de esperar, gran parte de los primeros casos tratados por el tribunal de casación provinieron de los defensores oficiales. Los jueces advirtieron al defensor de casación que los defensores oficiales planteaban deficientemente la cuestión de la individualización de la pena en los recursos y que, por más esfuerzos que hiciera el defensor general para corregirlos, el código le impedía introducir nuevos motivos de casación.

“Debo encomiar el trabajo del representante de la defensa ante este tribunal, pero encuentro vedado el camino para tratar las sólidas cuestiones que se introducen recién por su intervención. Tal vez resulte del caso que advierta a los señores defensores acerca de la necesidad de afrontar estos reclamos con la completitud que exige un embate extraordinario. Creo que debe rechazarse el recurso traído”⁴¹.

El defensor general tuvo que reaccionar ante semejante aviso de los jueces de casación y resumió en pocas palabras el desolador cuadro reinante en la provincia: el debate (?) sobre la pena merecía un lugar completamente residual en las sentencias, reducido a meras enunciaciones y fórmulas carentes de todo contenido o significación, resueltas las más de las veces de oficio por los jueces sin haber sido ni introducidas ni discutidas por las partes y muchas de ellas abiertamente inconstitucionales por peligrosistas.

A modo de ejemplo, “los numerosos sumarios por infracciones análogas con resultado favorable, valorados como indicio de habitualidad o capacidad delictiva específica”; “la proclividad delictiva... las malas costumbres de alcoholizarse y de cargar revólver”; “la cir-

⁴⁰ Una completa exposición de los distintos sistemas de organización comparada del MPD puede verse en Guariglia, Fabricio O., *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*, en “Jurisprudencia Argentina”, 1992, t. II, p. 776.

⁴¹ TribCasPenalProvBsAs, sala I, causa n° 34 In re “Nosvasky”, 22/4/99.

cunstancia de haber delinquirido teniendo un proceso en trámite”, etcétera⁴².

El defensor general hizo notar el desinterés de los defensores oficiales en revertir este estado de cosas, a pesar de que el nuevo código ponía en sus manos una herramienta fundamental como la cesura del juicio para impulsar un juicio *real* sobre la pena (CPP, 372). No sólo eso; como ya se ha dicho, se agravaba la cuestión por el deficiente planteamiento del tema en los recursos de casación. Consecuentemente, y por imposibilidad de introducir nuevos motivos al recurso original, el tribunal de casación se vio impedido de casar aquellos fallos que contenían claras violaciones a la ley penal y constitucional sobre el debate de la pena, reduciendo así sensiblemente las condenas o directamente declarando nulos los juicios sobre la pena irregulares con reenvío a otro tribunal para que realizara esa parte del debate en forma correcta.

De allí el motivo y la necesidad de la instrucción general impartida. El mensaje central que busca transmitir es que el juicio sobre la pena tiene, quizás, tanta o más trascendencia final que el debate sobre los hechos. Ese área del proceso debe ser completamente reformulada ya que es enorme la cantidad de cosas que un defensor tiene por ganar, sea para el caso particular como para el afianzamiento de principios generales de orden constitucional que son tarea irrenunciable de éste. Por eso, los defensores oficiales deben velar por el aseguramiento pleno del contradictorio en esa fase y deben exigir a los jueces que den los fundamentos legales y constitucionales del monto, de la clase y de la forma de ejecución de las penas que imponen. En suma, deben explicar racionalmente -y no con frases que no dicen nada- porqué aplican penas, sobre todo cuando éstas son elevadas y se imponen a personas reincidentes⁴³.

La instrucción general busca revertir un panorama calamitoso sobre el juicio de la pena e intenta preparar a la defensa pública para enfrentar los problemas inmediatos que se presentarán en el futuro: debe hacerse notar que en la provincia de Buenos Aires, al igual que en casi todo el continente iberoamericano, no cambió simplemente el código procesal. Cambió todo un sistema de enjuiciamiento penal. Se dejó atrás un sistema inquisitivo puro y se adoptó otro tendiente al acusatorio formal. El cambio de mentalidad que exigirá será muy alto; tras los problemas jurídicos a resolver se esconderán resistencias culturales muy fuertes que llevarán años vencer.

No pecaremos de atrevidos si afirmamos que, si hay una parte del proceso que se verá azotada por los vientos del cambio, esa será el juicio sobre la pena.

El avance formidable de las formas acusatorias de enjuiciamiento penal en otras latitudes ha puesto en crisis nociones tradicionales que se creían eternas e inmutables y que, inevitablemente, deberán ser abandonadas.

III. 1. La inquisición en el juicio de la pena

No caben dudas que una de las manifestaciones más evidentes del principio inquisitivo en el proceso penal tiene su lugar en el capítulo de individualización de la pena. Los jueces, al menos en el debate sobre los hechos, reconocen límites que se esfuman en el juicio sobre la pena. Por ejemplo, así como un juez no puede condenar si el fiscal pidió la absolución en cualquier estado del debate (CPP, 368) ni tampoco puede expedirse por otros hechos que los propuestos por el acusador, pareciera ser que, al llegar al debate sobre la pena, éste recobra el poder absolutamente discrecional que caracterizaba al inquisidor.

⁴² Todos fallos de la Corte bonaerense y de las cámaras de apelaciones, citados en Hortel, *Código de procedimiento penal*, cit., p. 358 y siguientes.

⁴³ Ejemplos prácticos: CADH, 5°, inc. 6°, y PIDCyP, 10°, inc. 3° establecen que el fin esencial de las penas será la reforma y la readaptación social de los condenados. ¿Qué fin constitucional persigue entonces la pena de prisión perpetua? Además, este fin de prevención especial que asegura la Carta Magna siempre ha sido tachado de ilegítimo e inútil para aquellas personas reincidentes o delincuentes habituales, no obstante lo cual se les sigue imponiendo pena. (cf. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 8).

Siempre se afirmó que el capítulo de la individualización de la pena era una esfera de libertad reglada de los jueces⁴⁴. Durante el juicio, el fiscal valoraba las circunstancias relativas a la pena a imponer y el defensor hacía lo mismo. Pero rara vez la definición del tribunal de juicio sobre el punto coincidía con lo debatido por las partes. Es más, lo normal era que aparecieran en la sentencia circunstancias agravantes que no habían sido introducidas al debate por la fiscalía. Los jueces elegían *libremente* las agravantes y atenuantes que, a su juicio, debían definir el monto, clase y modo de ejecución de la pena a imponer. Acudía en su auxilio el antiguo argumento del *iura curia novit* que, si bien no les permitía apartarse del hecho histórico propuesto por el acusador, sí toleraba que pudieran darle al hecho una calificación jurídica diferente e imponer una pena superior que la pedida por éste.

Se desprendía como lógica consecuencia de esta facultad que, para poder dar más pena que la pedida por el fiscal, el juez debía tener libertad de elección para las circunstancias agravantes, aun más allá que las propuestas por el acusador.

El juicio sobre la pena, así concebido, no era un juicio. Era una parodia de debate donde el rol de las partes era relativizado de tal manera que hasta podría haberse prescindido de ellas, tal como sucedió en el proceso inquisitivo.

Maier ha expresado esto con gran claridad: La simple experiencia puede verificar que el capítulo dedicado a la individualización de la pena, además de abarcar un porcentaje infimo de la sentencia, queda librada al más absoluto arbitrio judicial que, sin sujeción, a ninguna de las formas rígidas establecidas para reconstruir el hecho y arribar al fallo de culpabilidad, mide la reacción penal que va a aplicar con métodos

que carecen de un fundamento racional. En el mejor de los casos se halla allí un simulacro de fundamentación que la mayoría de las veces acude a meras abstracciones –que la ley penal contiene como parámetros para medir la pena– sin concretarlas ni demostrarlas en el caso particular de que se trata⁴⁵.

Vale refrescar un dato para el lector: en la provincia de Buenos Aires rigió desde 1915 hasta 1998 el llamado Código de Jofré, consagratorio de un sistema inquisitivo puro de enjuiciamiento penal. La única excepción era el juicio oral obligatorio y en única instancia para las muertes dolosas y optativo para el resto de los delitos, aunque estos últimos muy rara vez fueron así juzgados. El sumario era escrito, no contradictorio, secreto y practicado por un juez. Ese mismo juez que investigaba el hecho y decidía la coerción penal era el mismo que realizaba el “juicio” (también escrito) y dictaba la sentencia. De más está decir que este sistema antirrepublicano colapsó, como no podía ser de otra manera, porque los jueces delegaron masivamente sus funciones investigativas y coercitivas en la policía⁴⁶.

Sólo en este marco puede entenderse que el debate sobre la pena era ficticio. De hecho, también lo era el interlocutorio de culpabilidad.

La oralidad obligatoria para todos los delitos y la escisión de la función de investigar (fiscalía) y de decidir (juez) inaugurada en 1998 cambió radicalmente el panorama. Lo mismo sucedió con el debate sobre la pena, pues la previsión expresa de la cesura, su correcta regulación en el tiempo (hasta un mes después del veredicto de culpabilidad) y el decidido apoyo del tribunal de casación propiciaron su desarrollo.

44 Cf. De La Rúa, Fernando, *El recurso de casación en el derecho positivo argentino*, Ed. Victor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1968, p. 122.

45 Cf. Maier, *Derecho procesal penal*, cit., p. 382.

46 Acerca de cómo todo sistema inquisitivo (escrito) de investigación culmina en una total delegación, con la consecuente generación de ineficacia e impunidad, véase el magistral trabajo de Binder, Alberto, *Independencia judicial y delegación de funciones, en Justicia penal y estado de derecho*, Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 209.

La instrucción general pretende que el debate sobre la pena, sea mediante la cesura o en un juicio continuado, permita erradicar la noción que se trata de una "zona liberada" de los jueces donde, en virtud de esa característica, se pongan en crisis las garantías constitucionales de oralidad, publicidad, contradicción, inocencia, juicio previo, culpabilidad, *ne bis in idem* y defensa.

Cuántas veces se han planteado en las agravantes, por ejemplo, afectaciones al *ne bis in idem* (doble valoración de circunstancias típicas) o al principio de culpabilidad por el hecho (al valorar el pasado del autor), etc.

Cuántas veces un correcto planteamiento de las circunstancias atenuantes permitió al defensor efectivizar el principio constitucional de mínima intervención o de última ratio, logrando la atenuación o directamente el retiro de la pena (*poena naturalis*, sufrimiento durante el proceso, la reparación del daño, etcétera)⁴⁷.

No puede negarse que los mismos límites que tienen los jueces en el debate sobre los hechos se extienden también al juicio sobre la pena. Está en la naturaleza de la reforma procesal penal latinoamericana -dentro de la cual se inscribe el nuevo CPP de Buenos Aires- que, para evitar la sorpresa y la indefensión en el punto clave de la sentencia, los jueces no puedan considerar agravantes que no hayan sido introducidas por la fiscalía y resistidas por la defensa, como es común práctica de los tribunales de mérito.

En ese debate el acusador introduce las cuestiones de que se valdrá para requerir la

*pena, el imputado podrá contestarlas y, en su caso, se recibe la prueba sobre ellas y se discute sobre los criterios para individualizar la pena, correspondiendo al tribunal la decisión por fallo fundado, limitado a las cuestiones de hecho introducidas*⁴⁸.

Así parece desprenderse de una correcta lectura del CPP, 371 in fine: "Las cuestiones relativas a eximentes o agravantes *sólo se plantearán cuando hubieren sido discutidas* o el tribunal las encontrare pertinentes".

De ese modo lo estableció también la doctrina legal del tribunal de casación penal de Buenos Aires que ya hemos citado⁴⁹.

III. 2. El recurso de casación y el juicio de la pena

Hasta no hace mucho tiempo, se afirmaba que no era posible impugnar en casación las decisiones recaídas sobre las circunstancias agravantes y atenuantes desde que éstas eran cuestiones de hecho propias del tribunal de mérito y por completo ajenas al recurso de inaplicabilidad de ley o casación⁵⁰.

El tiempo pasó y, afortunadamente, pocos se animan hoy a sostener semejante postura, ante la evidencia que la ley aplicable a esas cuestiones y a esa zona del debate sí pertenece indiscutiblemente al ámbito del recurso de casación.

Ello no significa que hayan desaparecido las dificultades; las resistencias a la posibilidad de impugnar en casación el derecho aplicable en el juicio sobre la pena se disfrazan tras nuevos ropajes.

47 Cf. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, cit., ps. 139 y siguientes.

48 Cf. Maier, *Derecho procesal penal*, cit., p. 383.

49 "La disposición sobre cesura del juicio del art 372 es una clara limitación de la ley al poder discrecional del Tribunal" (TribCasPenalProvBsAs, sala I, causa n° 34 in re "Nosvasky", 22/4/99).

50 El nuevo sistema de enjuiciamiento penal bonaerense (ley 11.922 de 1998) creó el tribunal de casación penal y el recurso de casación. Antes de ello, la revisión de la aplicación de la ley en las sentencias se garantizaba mediante los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley y el de nulidad. Esos remedios eran muy limitados. Sólo podían interponerse, salvo el de nulidad, contra sentencias condenatorias superiores a los tres años de prisión o cuando hubiera una absolución en primera instancia y condena en la segunda. Como esos recursos están previstos en la Constitución provincial, el nuevo CPP no pudo prescindir de ellos. De tal suerte, en la provincia de Buenos Aires hay un sistema de doble casación: recurso de casación amplio por ante el tribunal de casación y recurso de inaplicabilidad de ley contra las sentencias de aquél, siempre que sean condenas superiores a los 6 años de prisión.

Ya hemos criticado como impropia de un sistema tendiente al acusatorio formal la idea de que el capítulo de individualización de la pena es una zona discrecional de los jueces.

Pues bien, con base en esa errada noción -y aun cuando se haya respetado el contradictorio- se dice que es irrevisable en casación el juicio sobre la pena, desde que la impresión personal que el juez de mérito obtiene del acusado para agravar o atenuar la pena es incommunicable al tribunal de casación.

Bien dijo Frisch que *depués de esta concepción se encuentra la idea de que la decisión en la que se fija la pena no es estrictamente aplicación del derecho, sino que tiene un componente irracional, intuitivo*⁵¹.

Bacigalupo lo plantea en términos parecidos: hasta tal punto llegó este déficit *que al entenderse la determinación de la pena como un acto de intuición judicial se creyó que la decisión sobre la pena no contenía una "infracción a la ley" que pudiera fundamentar un recurso de casación*⁵².

La doctrina legal reciente del tribunal de casación penal bonaerense sentada en "Nosvasky" advierte y resuelve claramente la cuestión. Si el fiscal puede recurrir en casación porque la condena es inferior a la mitad de la que pidió (CPP, 452, inc 2º), es obvio que puede cuestionar la aplicación de la ley penal sobre atenuantes y agravantes en el fallo. Y más aun, si el CPP, 372 (cesura del juicio), instituye todo un debate aparte para tratar y decidir las cuestiones relativas a la pena sería absurdo afirmar la irrecurribilidad de lo que allí se decida. Más ofensivo además sería deducir de esa concepción discrecional y de la ley que se le conceda únicamente recurso al fiscal para solicitar un aumento de la pena.

Es claro que las decisiones de los jueces sobre qué pena deberá imponerse a una persona no pueden partir del *sentimiento jurídico del juez*⁵³ y *sólo pueden ser tomadas recurriendo a criterios jurídicos*⁵⁴.

No necesita explicarse que esos criterios jurídicos, por tratarse de cuestiones de derecho, son propias del recurso de casación.

IV. Final

La instrucción general comentada apunta a revertir años de vigencia ficticia del Estado de Derecho en el juicio sobre la pena en la provincia de Buenos Aires. La doctrina legal que inauguró el tribunal de casación penal permite renovar las esperanzas en el cambio, del que la defensa pública debe constituirse en su principal promotor.

La Plata, agosto de 1.999.

VISTO:

Lo establecido por los artículos 18 inc. 3º, 26, 29, 31 y 32 de la ley 12.061 en cuanto otorgan al Sr. defensor del tribunal de casación la facultad de dictar instrucciones generales y,

CONSIDERANDO:

Que la garantía de la revisión por un tribunal superior comprende no sólo al fallo condenatorio, sino que también abarca a la pena impuesta.

Que en esta instancia la tarea de posibilitar la acabada revisión de la sanción requiere el tratamiento previo de estos extremos durante el proceso y -cuando corresponda- en la impugnación de las sentencias. Máxime cuando pese a los reiterados planteos del suscripto

51 Cf. Frisch, Wolfgang, *Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung*, Köln, 1971, p. 69, citado por Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, citado.

52 Cf. Bacigalupo, Enrique: op cit., p. 43.

53 Cf. Maier, *Derecho procesal penal*, cit., p. 382.

54 Cf. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, cit., p. 186.

efectuados durante el trámite del recurso de casación y en las audiencias de informe para lograr una justa individualización de la pena, la sala I del tribunal de casación se ha negado a tratar nuevas violaciones de la ley no denunciadas oportunamente por los recurrentes al tiempo de la interposición ó a apartarse de las indicadas en el recurso, pese a las carencias advertidas (causas nº 29 "Méndez, Marcela s/ recurso de casación", nº 34 "Mosvaski, Carlos s/recurso de casación", nº 65 "Giménez, Ignacio s/recurso de casación", entre otras).

Que en las actuaciones en las que le corresponde intervenir al suscripto se advierte la escasa trascendencia que se le otorga durante la sustanciación de la investigación, en el debate oral y en la decisión final a la individualización de la pena, encubriéndose asiduamente en las sentencias, tras fórmulas genéricas, la arbitrariedad de lo resuelto sobre este aspecto, cuando no la consagración de criterios peligrosistas reñidos con un derecho penal de culpabilidad.

Que tanto el respeto de los parámetros materiales para la determinación de la pena compatibles con un estado de derecho, como de la estructura básica del juicio indispensable para satisfacer la garantía del debido proceso -acusación, prueba, defensa y sentencia-, reclaman una más efectiva vigencia en la referida individualización de la sanción.

Que, en lo que interesa, el proceso acusatorio exige que las partes -contradicción mediante- sometan al conocimiento del juez o tribunal las circunstancias y peticiones que estimen relevantes para mensurar la pena en el caso concreto, imponiendo así al órgano jurisdiccional el dictado de un pronunciamiento fundado sobre las cuestiones planteadas.

Que, en atención a lo dicho, resulta indispensable que la defensa promueva en los juicios una discusión acabada sobre el punto, a fin de proveer a la realización de los principios y garantías de referencia.

Que, por otra parte, las particulares circunstancias de las causas pueden aconsejar la separación del debate sobre la responsabilidad por el hecho y la mensuración de la pena, cuando la alegación sobre circunstancias atenuantes pueda entrar en conflicto con la negación de la imputación.

En este sentido el impulso de la aplicación del artículo 372 del código procesal penal que contempla la posibilidad de practicar la cesura del juicio a fin de determinar la pena, puede resultar una solución a la referida situación.

Que, no pudiendo la discusión del punto ser desatendida, corresponde en cada caso al defensor del juicio la elección estratégica sobre la oportunidad y forma de promover el debate acabado de la cuestión.

Por ello, el señor defensor ante el tribunal de casación, en uso de sus facultades,

RESUELVE: Instruir a los señores defensores oficiales titulares y adjuntos:

1. Para que promuevan la discusión sobre la individualización de la pena requiriendo -en caso necesario- la división del debate que prevé el art. 372 del CPP.

2. Se recurra ante el tribunal de casación provincial cuando no obtengan del tribunal de mérito un pronunciamiento fundado sobre la individualización de la pena.

3. Regístrese y notifíquese.

ALGUNAS IDEAS SOBRE EL DERECHO DE DEFENSA EN LA LEGISLACION CENTROAMERICANA

GABRIELA JUDITH VÁZQUEZ SMERILLI

Consultora Internacional de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la Dirección Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo.

1. Introducción

Una revisión a las constituciones de los países centroamericanos permite constatar que, en ellas, existe un reconocimiento expreso de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos y de las garantías que protegen a cualquier persona en un proceso penal. Con diferentes grados de desarrollo normativo, también se plasman los derechos económicos, sociales y culturales, circunstancia que nos lleva a afirmar, sin temor a equivocarnos, que las cartas magnas de América Central responden a principios consagrados en el Derecho Internacional y constituyen legislaciones de avanzada que parecieran proteger, de manera eficaz, los derechos de las personas en todas sus dimensiones.

Sin embargo, cabe hacer dos reflexiones al respecto: Por un lado, estas declaraciones formales sólo han quedado registradas en la legislación positiva y si damos un paso adelante, en el análisis de las realidades de los países, vemos cómo ese reconocimiento de derechos no se hace efectivo en la realidad.

Existe una brecha muy grande entre la ley y las realidades de los países centroamericanos, donde los sectores desposeídos no encuentran respuestas a sus demandas y lejos de ello, son quienes más sufren las injusticias de la ley. Hoy día, los sectores más débiles de las sociedades centroamericanas son quienes cotidianamente están en contacto con el sistema judicial pero no para resolver sus nece-

sidades, sino estigmatizados por una sociedad de privilegios. Ello se debe a que los sistemas judiciales se han alejado de las necesidades de los sectores a quienes más debieran acercarse y se han vuelto abstractos y encerrados en su propia complejidad. Como dice Alberto Binder "Se ha invertido, entonces, la fórmula básica del Estado de Derecho que ahora dice: "cuanto más débil es una persona o un sector social, más irrazonable es que confíe en la ley y los tribunales, para la consecución de sus intereses o la satisfacción de sus necesidades"¹.

Esta divergencia entre la normativa reconocida a nivel constitucional, las carencias elementales de subsistencia reflejada en las realidades y la falta de efectividad de los derechos demuestran un alto riesgo de convertir las legislaciones centroamericanas en simples fachadas, donde el modelo es desatendido en la práctica, al momento de poner en marcha políticas gubernamentales, hacer uso del poder coactivo del Estado, delinear políticas judiciales, entre otras medidas.

Un ejemplo de esta situación puede visualizarse en la falta de concreción del principio de acceso a la justicia en condiciones de igualdad, ya que la realidad centroamericana demuestra que los beneficios de la justicia no se encuentran al alcance de la mayoría de la población de escasos recursos.

¹ Binder, Alberto. "Entre la democracia y la exclusión: La lucha por la legalidad en una sociedad desigual". En prensa.

De esta forma, las desigualdades económicas, sociales y educativas se reflejan en desigualdades de poder² y por consiguiente, en desigualdades para acceder a la justicia. Ello compromete seriamente la democracia y el estado de derecho, desde el momento en que los obstáculos para el ejercicio de los derechos y libertades, en igualdad de condiciones, consagra un sistema de justicia que no es equitativo.

En este contexto, el acceso a la justicia podría analizarse desde muchas perspectivas, que exceden la finalidad de este artículo, por lo que el mismo se circunscribirá a analizar el derecho de defensa como un contenido básico del acceso a la justicia.

2. Protección del Derecho de Defensa en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

El derecho de defensa es un derecho humano fundamental e inalienable que ha sido reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En el sistema universal, la Declaración Universal sobre Derechos Humanos establece el acceso a la justicia sin discriminación (artículo 3) y su artículo 11.1. señala que toda persona tiene derecho a que se aseguren las garantías necesarias para su defensa.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra el derecho de defensa en materia penal, al establecer que toda persona acusada de un delito tiene la garantía mínima de disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección (art. 14.3.b). Asimismo y dentro de las garantías mínimas establecidas en el artículo 14, el Pacto incorpora el derecho a la asistencia jurídica

gratuita, al señalar en su inciso d) el derecho que toda persona tiene a que se le nombre un defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

El reconocimiento de los derechos mencionados se enmarca en la correlativa obligación de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de respetar y garantizar a todos los individuos, que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el mismo (artículo 2.1.) y de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto.

Por otra parte, el derecho de defensa también se encuentra reconocido en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. En este sentido, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre consagra el derecho de defensa en el artículo XXVI, segundo párrafo, que establece "toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública".

Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege el derecho de defensa dentro de las garantías judiciales contempladas en su artículo 8. En el artículo 8.2. reconoce que toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a ciertas garantías mínimas; entre las que menciona el hecho de conceder al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa (punto c); el derecho de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección (punto d) y el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo

2 Garro, Alejandro. El acceso a la justicia y el "derecho de interés público", publicado en Justicia y Sociedad. Hacia un Mejor Servicio Público de Justicia, pág. 37. Publicación semestral. Número 2. Abril de 1999. PNUD.

ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley (punto e).

Como puede observarse tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos limitan las garantías judiciales, entre ellas el derecho de defensa y de asistencia jurídica gratuita, al proceso penal. Sin embargo, sus artículos 14 y 8 respectivamente deben interpretarse en forma amplia, ya que si dichas garantías operan en el proceso penal no se comprende por qué habría que negarles ese carácter en otro tipo de procedimientos donde se plantean otros derechos fundamentales, tales como la vivienda, el trabajo, la educación, el derecho a una pensión, entre otros.

Conforme lo expuesto, puede concluirse que las garantías plasmadas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen obligatoriedad en todo procedimiento que afecte un derecho fundamental del individuo, a menos que por la naturaleza de la garantía se refiera a procesos de carácter penal estrictamente.

En este sentido, la Comisión Interamericana declaró que "Cuando una medida impuesta por vía administrativa es comparable en su gravedad a una pena, la presunción de inocencia y demás garantías previstas para procesos penales, deben ser respetadas"³.

3. El Derecho de Defensa en la Legislación Centroamericana

En cuanto a la legislación interna de los países, cabe destacar que todas las Constituciones Centroamericanas reconocen el derecho de defensa con distinto desarrollo normativo. Algunas legislaciones disponen, en general, que el derecho de defensa es inviolable

(Guatemala y Honduras), mientras que otras legislaciones se refieren a la garantía judicial que toda persona, detenida o procesada, tiene de contar con la asistencia técnica de un defensor (El Salvador, Nicaragua y Costa Rica).⁴

Respecto al derecho a la asistencia jurídica gratuita, no todas las Constituciones regulan expresamente este derecho. En Nicaragua no está contemplado en la Constitución sino en la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde se reconoce y se regula el derecho a la asistencia jurídica gratuita a favor de personas carentes de capacidad económica. En Honduras se establece la obligación del Estado de prestar asistencia jurídica gratuita a los pobres, a los menores y a los incapaces. En El Salvador, el derecho de asistencia jurídica gratuita se reconoce expresamente en la Constitución en materia penal y en las otras materias, se infiere de los artículos relativos a la garantía de audiencia y a la creación de la Procuraduría General de la República, como organismo estatal para dar asistencia legal a personas de escasos recursos. En Guatemala, el derecho no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución pero surge de la inviolabilidad de la defensa, además de estar reconocido en la legislación secundaria. En Costa Rica, la Constitución sólo hace referencia a la necesidad de la defensa previo a la condena y la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce el derecho a un defensor público para personas de bajos recursos económicos.

En la mayoría de los países centroamericanos la asistencia jurídica gratuita sólo se limita al área penal, salvo los casos de Costa Rica y El Salvador que incluyen diferentes materias, tales como laboral, civil, agrario, entre otros.

Respecto a la institucionalidad de la defensa jurídica gratuita, la instancias encargadas de hacer efectivo este derecho son Institutos de la

³ O'Donnell, Daniel "Protección Internacional de los Derechos Humanos, pág. 200. Comisión Andina de Juristas. Año 1988.

⁴ Parlamento Centroamericano. Constituciones de Centro América y República Dominicana. Año 1998.

Defensa Pública. En el caso de El Salvador la defensa está a cargo de la Procuraduría General, que tiene rango constitucional y en Guatemala está a cargo del Instituto de la Defensa Pública Penal, que es un órgano autónomo. En Nicaragua, Costa Rica y Honduras las instituciones encargadas de la defensa pública dependen del Organismo Judicial y rige su normativa para los abogados que conforman la defensa.

Uno de los mayores obstáculos que enfrentan estos institutos, para hacer efectiva su labor, es el mínimo presupuesto que se les asigna, el que oscila entre un 2 y un 6 %, circunstancia que demuestra que la Defensa Pública ha tenido poco interés en la región. Si bien las reformas judiciales implementadas han favorecido la asignación de recursos provenientes de la cooperación internacional, éstos han sido insuficientes para dotar a las defensorías de la infraestructura suficiente y de los recursos humanos y materiales necesarios. En el caso de Costa Rica la situación es diferente, ya que el presupuesto asignado es del 6 % y esto ha permitido invertir en el mejoramiento global del servicio.

Esta situación presupuestaria permite hacer una reflexión en torno a las reformas judiciales que se implementaron en la región y que, en algunos países, todavía están en curso. Generalmente, la cooperación ha invertido en el fortalecimiento del Ministerio Público, ya que esta institución, encargada de la persecución penal pública, es el pilar del sistema acusatorio y en su eficacia o en su fracaso reposa el futuro de este sistema. Sin embargo, se ha prestado muy poca atención a la institución que debe hacer de contrapeso a la función persecutoria y que es fundamental para generar un equilibrio saludable entre las partes en todo proceso. Por ello, deviene necesario una mayor atención a este sector del sistema de justicia, para consolidar el derecho a la igualdad procesal en la región.

Por otra parte, la falta de políticas de comunicación social hacen que el sistema de la defensa pública se encuentre subutilizado y que la mayoría de la población desconozca sus funciones.

En este sentido, es importante destacar la labor que desarrollan los servicios jurídicos gratuitos en la región, en cuanto a la asesoría concreta o bien la orientación preventiva o consultiva. Esta tarea es ejecutada por diferentes organizaciones, entre las que pueden mencionarse los bufetes populares de las Universidades, organismos no gubernamentales y algunas asociaciones de abogados.

De esta forma, estos servicios complementan la labor de la defensa pública, ya que generalmente atienden materias que no están cubiertas por los servicios de defensa (civil, laboral, familia, agrario) y otras veces se especializan en la atención a determinado sector de la población (mujeres, niñez, migrantes, etc). Asimismo, estos programas otorgan, muchas veces, mayor cobertura de atención, ya que participan en una fase preventiva y consultiva, además de la defensa en juicio.

La importancia de estos esfuerzos no gubernamentales radica en la posibilidad de que la asesoría jurídica gratuita llegue a un mayor número de la población beneficiada. Sin embargo y frente a la amplia demanda de servicios de esta naturaleza, siempre la población atendida es mínima. Por ello, es imprescindible que estos organismos coordinen sus actividades con los servicios públicos que presta el Estado, a fin de hacer más eficiente los recursos y generar capacidad de respuesta hacia un sector más numeroso de la población.

En este sentido, debe destacarse la escasa colaboración de los colegios o asociaciones de abogados para participar o impulsar iniciativas en este sentido, circunstancia que demuestra la necesidad de formar una conciencia profesional acerca del servicio social

que deben prestar los abogados para hacer efectivo el acceso a la justicia en la región.

4. Conclusiones

1. La consolidación de un verdadero estado de derecho en la región requiere hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en las constituciones centroamericanas. La búsqueda de mecanismos para lograr su efectividad es una obligación de los Estados y de la sociedad en su conjunto.

2. El acceso a la justicia y en particular, el derecho de defensa son derechos humanos inalienables, consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos y en las constituciones centroamericanas. Por ello, las políticas judiciales implementadas en los diversos países de la región, a partir de las reformas a la administración de justicia, deben prestar particular atención a esta temática para ampliar el acceso a la justicia a los sectores más necesitados de la población.

3. En este sentido, es importante reflexionar acerca de la asignación presupuestaria de los servicios de defensa pública y el financiamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, ya que constituye una de las limitaciones más serias para hacer efectivo el acceso a la justicia.

4. La coordinación efectiva entre los institutos de defensa y los servicios jurídicos gratuitos deviene imprescindible para aunar esfuerzos y así potenciar una mayor cobertura en el servicio.

5. La concepción del servicio público de defensa debe ampliarse a otros ámbitos más allá del derecho penal, para lograr que el sistema otorgue una respuesta global a los sectores más desprotegidos de la sociedad centroamericana.

6. Es preciso generar un debate más amplio acerca del tema de acceso a la justicia y a partir de él, proponer mecanismos concretos que permitan remover los obstáculos legislativos y de hecho para hacer efectivo este derecho.

7. Por último, es preciso generar conciencia acerca del rol social que deben cumplir los abogados y los operadores de justicia para avanzar en el desarrollo del tema y garantizar, de forma efectiva, el derecho de acceso a la justicia. ♦

DEFENSA PÚBLICA PENAL

Operaciones, Estrategias y Problemas relativos al ejercicio de la Defensa Oficial Pública en el contexto del Sistema de Derecho Penal Argentino

ELIZABETH N. PACE DE ELÍAS

*Defensora Oficial Pública de 1ra. y 2da. Instancia del Interior del País.
Ante los Tribunales Federales de la ciudad de Resistencia - Chaco, Argentina.*

1. Introducción

El universo de acciones que pueden ser conceptualizadas como de defensa, producidas por la Defensa Pública, es complejo y excede al de la Defensa Privada.

No es del caso individualizar todas y cada una de éstas en este trabajo, por el contrario el interés está puesto en determinar las condiciones de realización de las acciones de defensa en el proceso penal, así como las operaciones y estrategias cognitivas que pone en juego el defensor en ese contexto.

Ello implica acotar el campo sin restarle importancia a otras cuestiones que ameritan también una especial consideración.

Básicamente intento presentar el contexto en el cual actúa el defensor, qué circunstancias propias del mismo condicionan su acción, cómo usa sus conocimientos, y las operaciones intelectuales que los sostienen; todo sobre una base especulativa, término que utilicé en el sentido de mera reflexión sin aún verificación empírica, para circunscribir áreas problemáticas e hipótesis a ser investigadas en labor científica, en función de aportar mayor conocimiento al proceso de la defensa pública para mejorar su eficacia.

2. El contexto: delimitación

El contexto en el cual actúa la Defensa Pública es complejo, sin embargo, tal como lo señalara en los párrafos anteriores me circunscribiré al Jurídico, y en particular, al Jurídico Penal y Procesal.

En la República Argentina las reglas de organización y funcionamiento del sistema jurídico penal y procesal se establecen en la Constitución Nacional; las mismas responden al pensamiento ilustrado liberal. Podría decirse que, son tres los artículos fundamentales, el artículo 1° en el cual se establece el sistema republicano de gobierno, implicando el mismo racionalidad de los actos de poder e independencia de los poderes del Estado; el artículo 18° en el cual se establece la definición legal previa de las circunstancias de hecho para que éstas sean constitutivas de un delito, y condición de aplicación de una pena, garantía de legalidad, la verificabilidad de las mismas y del derecho aplicable en un proceso judicial fundado en la ley, garantía de jurisdiccionalidad; y por último el artículo 19° que consta de dos partes relevantes, la primera relativa a que la definición legal de los hechos considerados delictivos está condicionada por la circunstancia de que, los mismos, afecten derechos de terceros, y segundo que todo lo que no ha sido prohibido como delito es esfera de libertad.

De allí entonces que, por la ley penal previa se delimitará bajo que condiciones de hecho una acción, comprensiva de comisión y omisión, será considerada delictiva; lo que se verificará empíricamente y jurídicamente mediante un proceso legal.

De la garantía de legalidad interesa básicamente aquel aspecto que exige una clara y exacta determinación del supuesto del hecho. La razón del interés radica en que las acciones de defensa serán analizadas por relación a las acciones de la acusación, en función de los hechos legales y su verificación, de modo tal que, si éstos no son determinados con precisión en la definición legal del delito, se ve obstaculizada tanto la aserción empírica de la acusación como la refutación de la defensa por carecer del término común de la relación.

El proceso judicial constituye el espacio donde se manifiesta la contienda entre los dos actores, el acusador y el defensor, la que será dirimida por el tercer protagonista, el Juez imparcial.

La función de defensa que luego será analizada en los términos ya consignados, en el sistema jurídico argentino se ejerce tanto privada como públicamente. En ambos casos habilita para la función el título de Abogado.

3. La Defensa Pública

La norma constitucional del art. 18° establece que es inviolable la defensa en juicio, de allí que las leyes procesales reglan que el Estado debe proveer un Defensor si el imputado de un delito no designa uno que lo asista, o cuando éste no pueda afrontar una defensa privada por ser pobre, en ambos casos la función la ejerce el Defensor Público.

La Constitución Nacional, artículo 120 crea un órgano, el Ministerio Público que comprende al Ministerio Público Fiscal y al Ministerio Público de la Defensa. Cada uno ejerce la función de

acusar y la de refutar, respectivamente. La norma reza " art. 120 CN. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República".

"Está integrado por un Procurador general de la Nación y un Defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca."

"Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones".

La ley, n° 24.946, regula la actividad correspondiente delimitando los campos de acción, de cuyo contenido, así como del artículo 120 CN, puede inferirse que ambas funciones tienen la misma jerarquía (art. 25). Sin embargo, un análisis de las leyes procesales penales provinciales, así como del Código Procesal Penal de la Nación, en particular en la etapa de instrucción, pone de manifiesto que la Acusación y el Juez de instrucción dominan esta etapa, relegando a la Defensa prácticamente a una función de control de legitimidad y validez de los actos procesales.

Se diferencian la Defensa Pública elegida voluntariamente por el sujeto del proceso, de la Defensa Pública impuesta de oficio que garantiza más allá de su voluntad su defensa en juicio; este caso de defensa oficiosa, constituye una función estatal por imperativo constitucional, pues implica tanto la defensa del sujeto como el control y defensa de la legitimidad y validez de los actos del propio Estado manifestados en el proceso, las que se pierden si no está asegurada la defensa en juicio del imputado.

Si bien en el sistema argentino no hay homogeneidad en las leyes procesales por cuanto siendo el mismo federal, cada provincia legisla sobre la materia dictando su código respectivo,

no lo es menos que están condicionados por las reglas constitucionales por cuya merced se mantiene la coherencia, y consecuentemente es posible, en lo fundamental y a los fines de este trabajo, generalizar ciertos esquemas.

4. El Proceso Esquema de Organización:

Las dos partes del proceso, la instrucción y el juicio se organizan a partir de la formulación de una hipótesis de delito a ser corroborada o desechada, en su dimensión fáctica y jurídica.

Las actividades de los sujetos del proceso, Fiscal y Defensor: Dos funciones específicamente cumplen, el primero de formulación y prueba de las hipótesis fácticas y jurídicas, y de justificación de ambas; el segundo de formulación de contra hipótesis y su prueba, o contra prueba de las de la acusación, de refutación, y de prueba y justificación de sus hipótesis alternativas.

La Defensa Pública y la Privada no se diferencian en este aspecto pues por ambas se ejerce la misma función de refutar los argumentos en torno de la prueba que sustenta la hipótesis, y proveer la contraprueba que desbarate la misma, de refutar los argumentos relativos a la prueba e interpretación del derecho, y de control de legitimidad y validez de los actos procesales.

5. Descripción de las actividades de los sujetos por relación a las etapas del proceso

La instrucción: No son en general, los sistemas procesales argentinos del tipo acusatorio puro; por tanto la instrucción se caracteriza por un dominio de la actividad probatoria por parte del Juez de Instrucción y del Fiscal en desmedro de la actividad de la Defensa en el siguiente sentido, el Defensor únicamente puede realizar un control de legitimidad y validez de los actos de los otros dos sujetos, introducir contra-prueba, a la cual se accederá si el Juez, que controla la etapa la

considera pertinente y de refutación de las decisiones jurisdiccionales, en los tres aspectos, validez, prueba y derecho aplicable por la vía de la impugnación.

También el Fiscal debe realizar un control de legitimidad y validez de los actos de los otros dos sujetos del proceso, (por ejemplo ver ley de Ministerio Público art. 33).

El juicio: En esta etapa se garantiza el equilibrio entre las partes en el siguiente sentido, tanto la Acusación como la Defensa tienen la disponibilidad de la prueba de sus propias hipótesis acerca de los hechos y del derecho, y de refutación de los argumentos relativos a las mismas.

En cuanto a la Defensa, en la refutación tiene la última palabra, por lo menos en el Código Procesal Nacional (art. 393), lo cual, de alguna manera compensa el marcado desequilibrio que se observa a su respecto en la instrucción.

También en esta etapa de juicio ambas partes tienen, el deber el Fiscal y la Defensa el derecho, a un control de legitimidad y validez recíproco y de los actos del Tribunal.

La contienda: La actividad de ambos sujetos se puede caracterizar como una lucha por obtener una decisión que satisfaga sus posiciones respecto de los hechos y el derecho. Este interjuego comienza con la formulación por parte de la Acusación de la hipótesis de delito, lo cual implica proposiciones empíricas y jurídicas. Se articula con la refutación y contra prueba de ambas por la Defensa.

6. Condiciones necesarias para la realización del acto de defensa

Relativas a la ley: a) Ley penal previa que defina clara y exactamente en sus determinaciones relevantes para la verificación empírica la acción delictiva, porque la garantía derivada del principio de legalidad hace que

únicamente puedan ser objeto del proceso hechos verificables empíricamente.

Relativas al órgano acusador: b) Acusación que formule hipótesis asertivas susceptibles de verificación y de reconocimiento, pues la actividad, tanto probatoria como argumentativa de la defensa, se desarrolla por relación al contenido de la acusación.

En orden lógico y de importancia, la garantía de estricta legalidad tiene prioridad, tanto para la Defensa como para la Acusación pues, tampoco puede el Fiscal construir sus proposiciones, tanto empíricas como jurídicas, si la herramienta legal de delimitación del campo de lo prohibido no es adecuada a ese efecto.

7. Núcleos problemáticos correspondientes a la instrucción

Para todo ello voy a suponer que, tanto acusación como defensa operan conforme los esquemas legales, es decir que sus actos se adecuan a la estructura prescripta por la regla legal y según los condicionamientos ya establecidos, constitucionales y legales, no analizaré las actuaciones anómalas y los condicionamientos que ellas implican, porque la variedad y complejidad requieren de un trabajo ad hoc.

La Defensa se mueve permanentemente entre dos campos, empírico y jurídico, ello la enfrenta a tipos de problemas diferentes:

- a) problemas relacionados con los hechos y su prueba; y
- b) problemas relacionados con el derecho y su interpretación.

Hechos y su prueba: Los hechos a probar constituyen la base de la hipótesis. En general se considera que no hay un método de descu-

brimiento y verificación de las hipótesis sino que éstas se obtienen por un acto creativo y que lo único posible es su confirmación o refutación. Luigi Ferrajoli (1998), "El mejor camino para llegar a semejantes criterios de decisión o justificación, aún con las adaptaciones oportunas, es el ofrecido por el modelo nomológico-deductivo de la explicación causal elaborado por Karl Popper y con mayor difusión por Carl G. Hempel y P. Oppenheim. Según este esquema, la inferencia inductiva, que permite ascender desde los hechos que se han de explicar o explanandum a los hechos que son su explicación o explanans, se justifica porque puede ser investida en una inferencia deductiva, que permite descender del explanans al explanandum gracias a la inclusión en las premisas explicativas de leyes o generalizaciones empíricas aceptadas como verdaderas conforme la experiencia pasada".¹ De allí que proponga que la verdad será relativa, en tanto el método no permite demostrar la verdad, sí en cambio posibilita la falsación, de lo se concluye que las hipótesis son susceptibles de confirmación o invalidación.

Si se dispone o no de un método de descubrimiento de las hipótesis explicativas es una cuestión discutible y que, si bien en general hay consenso en el sentido propuesto por Ferrajoli, no lo es menos que puede ser replanteada, sobre todo desde la consideración de otro tipo de operaciones, como las propuestas por algunas corrientes de la Semiótica; pero como el tema, actualmente esta siendo objeto de una investigación que tengo en curso y al no haber aún llegado a conclusiones satisfactorias, creo prudente no innovar al respecto.

La acusación presenta su hipótesis de los hechos históricamente acontecidos en una narración y ofrece la prueba de la verdad de la misma. Primer aspecto de su caso. Se distinguen así los hechos de la historia y los hechos a producirse en el proceso tendientes a corroborar la historia, es decir la prueba. Ante ello

la Defensa tiene por lo menos dos alternativas:

a) Negar totalmente los hechos de la historia, por tanto negar la hipótesis tal como la presenta el Fiscal en la acusación o b) Aceptar los hechos relativamente, es decir aceptar la hipótesis en general pero modificándola en particular y por relación a ciertos aspectos fácticos.

En ambos casos el Defensor enfrenta la situación de proponer su propia hipótesis acerca de que los hechos, en el sentido de que no ocurrieron o que no ocurrieron como los presenta la acusación.

Tanto si niega los hechos como si niega ciertos aspectos de los mismos debe ofrecer una contra prueba, en una palabra debe sostener en el campo empírico su propia hipótesis de la misma forma en que lo debe hacer el Fiscal en la acusación, posibilitando el interjuego del contradictorio, para ello debe poseer ciertas habilidades epistemológicas para la búsqueda de la verdad, y desarrollar estrategias cognitivas que la aseguren.

Dos cuestiones surgen como problema, una relativa a qué es lo que la defensa debe probar, y la otra cómo lo hará.

La primera está en relación con los hechos hipotetizados por el Fiscal y por tanto cómo obtiene o construye su hipótesis la acusación. Si se tratara de un sistema acusatorio pleno, las investigaciones preliminares sustentadas en hechos que evocan aquellos abstractamente definidos en la ley penal, le suministrarían los elementos básicos para producir su hipótesis, las pruebas y su dirección para corroborarla.

Sin embargo, en general en los sistemas procesales argentinos estos hechos o rastros que indican la posibilidad de la realización de un delito, pueden ser objeto de investigación por la policía y otras fuerzas de seguridad con funciones similares, prevención policial, por el Juez de instrucción o por el propio Fiscal en

determinados casos, por ejemplo en el Código Procesal nacional, cuando una denuncia se efectúa ante el Juez o ante el Fiscal.

Por tanto, la organización de determinados rastros a partir del sentido que adquieren por relación a un delito prefigurado en la ley, en función de construir una hipótesis que dé inicio a un proceso penal, no es privativa del Fiscal hasta la etapa de elevar a juicio la causa, y aún así, le surgirán contingencias si el Juez de Instrucción no comparte sus criterios.

Como queda visto y ya lo anticipara, en la instrucción quien delimita y decide acerca de la hipótesis delictiva a investigar es el Juez de Instrucción, aún cuando sus decisiones puedan ser objetadas por el Fiscal y la Defensa.

No obstante que el dominio preponderante de la actividad probatoria inherente a esta etapa la tiene el Juez y el Fiscal, la Defensa puede sugerir pruebas surgiendo así el interrogante ya planteado de qué debe probar.

Si la hipótesis se construye sobre rastros que evocan delitos, la primer cuestión que deberá enfrentar será la contraprueba de los rastros, es decir una prueba por la cual pueda desbaratar los rastros, o que haga variar el sentido de los mismos.

Ahora bien, no puede concebirse que la Defensa actúe exclusivamente desde el contenido fáctico de la hipótesis de la instrucción, por cuanto tanto el Juez como el Fiscal proceden por referencia al texto de la ley, particularmente por referencia al concepto definido en la ley, que es el elemento que le da sentido a los rastros; consecuentemente la Defensa también deberá obtener su contraprueba en forma referencial, es decir construyendo su propia hipótesis por relación al texto de la ley y por relación a la hipótesis de la instrucción, en la medida en que lo que intentará será refutarla.

Aun cuando el Defensor no formule su hipótesis en las primeras etapas de la instrucción, por lo menos hasta, por ejemplo el momento en que pueda impugnar una decisión de procesamiento, la propuesta de producir ciertas pruebas deberá estar guiada en su estrategia por lo que he sostenido en el párrafo anterior, su propia hipótesis acerca de lo acontecido, es decir los hechos ocurridos, la relación de ésta con la de la instrucción y los abstractamente contenidos en la ley-

Permanentemente se moverá en su estrategia entre el caso de la instrucción y el suyo con el objeto de probar que el suyo es verdadero.

Es verdad que esta etapa del proceso es preparatoria del Juicio, y por tanto en principio, la prueba no tiene otra función que darle sustento a la acusación; pero, también hay que considerar que la instrucción puede terminar en sobreseimiento si se obtiene prueba que desbarate los hechos y su sentido, que conformaron la hipótesis liminar. Por ello es absolutamente válida desde este punto de vista la actividad de la defensa tendiente a lograr estos resultados.

Corresponde ahora determinar cómo lo hace. En cierta forma ya se ha anticipado esto en el análisis de lo que debe probar, se impone entonces completar la idea.

Cómo probará los hechos de su hipótesis, guarda relación con los medios de prueba disponibles, que en esta etapa están limitados porque el Juez tiene la decisión acerca de producción o no; los que fueron utilizados por la prevención, el Fiscal y el propio Juez. Pero, además, guarda relación con la estrategia cognitiva que pueda organizar a partir de los datos producidos por los otros sujetos y los que pueda representarse como útiles. Por tanto esta cuestión está interrelacionada con las operaciones cognitivas concretas que pone en juego en el acto de defensa.

8. Operaciones Cognitivas

El pensamiento organiza los hechos o acontecimientos, aún los cotidianos, conforme esquemas de relaciones causales, de semejanza y contigüidad.

Sin embargo hay que distinguir claramente entre los hechos a reconstruir objeto de la hipótesis y los hechos probatorios que permitirán probar su ocurrencia en función de distinguir los tipos de operaciones cognitivas.

Tal vez la inferencia causal constituya el esquema más frecuentemente utilizado, hay que precisar, sin embargo, qué datos, de los disponibles, serán utilizados en el razonamiento. Puedo afirmar que serán aquellos obtenidos en el proceso, los hechos del proceso y no los hechos de la historia, porque precisamente la historia de lo sucedido se reconstruirá con esos datos. Hay que recordar que, en la instrucción el dominio de la producción de los datos lo tienen otros actores, y no el Defensor lo que lo obliga a operar permanentemente por relación a los mismos, y en función de ellos intentar obtener los suyos para poder reconstruir su versión de la historia.

También dije que la Defensa organizaba los datos, entiéndase los datos del proceso, por relación a un marco de referencia constituido por, la hipótesis de la instrucción, su propia hipótesis y la definición legal. Ahora bien, hay que considerar que, el marco de referencia podría estar constituido además, por ejemplo por valores éticos, lo cual excedería la dimensión estrictamente cognitiva, variando así el esquema de organización.

La riqueza de las posibilidades de inferencia causal del Defensor dependerá del mayor o menor número de datos de que disponga y efectivamente utilice en la inferencia causal y no causal, y de aquellos que imagine como probables de producirse y consiga producirlos con utilidad para el razonamiento. Cuanto más datos coordine, mayor será el resultado cognitivo.

El Defensor podrá así obtener una red de hechos y conexiones causales entre ellos que conformarán, en una primer dimensión, la estructura y sus características en la cual organizará sus datos, estructura solidaria de la representación que el Defensor tendrá de lo históricamente acontecido a partir de los datos del proceso, y que propondrá, en un caso como hipótesis alternativa.

Las dos operaciones lógicas, inducción y deducción son utilizadas por el defensor en sus razonamientos. El autor citado anteriormente, Ferrajoli², asigna la primera a la obtención de los hechos, inducción fáctica, en cambio por los dos modos del silogismo deductivo se puede obtener: por modus ponens la confirmación de las pruebas de las hipótesis, y por modus tollens la negación de las hipótesis de las contra pruebas.

Concluyendo, en tanto la acusación y el Juez de instrucción respeten en la formulación de sus hipótesis las operaciones lógicas indicadas, inducción en la recolección de datos y los dos modos del silogismo deductivo para su justificación, la defensa podría articular con el mismo tipo de operaciones lógicas sus hipótesis alternativas, sus contrapruebas e invalidar las que a su vez proponga como refutación el Fiscal.

El derecho aplicable: He señalado que desde el inicio los rastros cobran sentido por relación a la determinación abstracta del hecho en la ley. De modo que una vez reconstruida la historia hay que confrontarla con el esquema legal.

Esta relación implica una operación de subsunción del hecho concreto en el hecho abstracto contenido en la ley, para lo cual es necesaria una previa operación de interpretación del esquema normativo.

También en este caso el Defensor pone en juego su epistemología jurídica. Deben consi-

derarse los procedimientos y estrategias que serán adecuados para el reconocimiento de la ley aplicable al caso.

Condiciona la tarea, el mayor o menor grado de determinación del supuesto de hecho legal. Cuanto más determinado sea el hecho menor será el número de hipótesis alternativa de interpretación que se puedan generar.

Aparentemente ello podría suponerse constituiría una desventaja para la defensa, sin embargo el mayor grado de determinación del hecho constituye el núcleo de la garantía de legalidad, por tanto no puede evaluarse en ese sentido, consecuentemente el esfuerzo de la defensa debe extremarse en las particularidades del hecho concreto que puedan ser calificadas a favor de su defendido.

El procedimiento de selección del derecho aplicable al caso implica, obviamente, operaciones de rastreo o exploración de las reglas legales con operaciones por las cuales se pone en relación el caso y la ley, si se logra la subsunción la regla queda seleccionada, de modo tal que, respecto de la ley aplicable al caso la Defensa también puede plantear hipótesis alternativas.

Ahora bien, la tarea de la Defensa no se reduce a verificar o controlar la subsunción que propone el Fiscal o el Juez de instrucción, sino en proponer una o varias alternativas que mejoren la situación de sus asistido, sin duda siempre y cuando la regla le dé un margen de interpretación suficiente.

El sistema procesal tiene reglas de interpretación que establecen limitaciones tales como el in dubio pro reo y la prohibición de la analogía, relacionadas con el principio de inocencia y de legalidad.

2 FERRAJOLI, Luigi, ob.cit. pag. 141 a 145. En un sentido parecido, BINDER Alberto, en Justicia Penal y Estado de Derecho Cap. I. Ed. Ad-Hoc 1993)

Condiciones de la subsunción: La operación lógica por la cual se subsume el caso concreto en la ley es una deducción, es decir que la regla y el caso deben haber sido convenientemente individualizados antes de ser puestos en relación.

En la primer parte de este trabajo se analizó cómo se obtiene el caso, organizando los rastros por evocación del hecho abstracto contenido en la ley, y luego provisoriamente reconstruyendo el hecho históricamente acontecido con la actividad probatoria.

La obtención de la regla contenida en la ley se logra tomando todo el sistema jurídico, y con una operación de exploración se va correlacionándolo con el caso hasta lograr la aproximación, obviamente en esta tarea se van descartando reglas y seleccionando en todo un proceso lógico aquellas cuyo contenido se aproxime a las circunstancias del caso.

Se toma todo el sistema porque las reglas no se encuentran exclusivamente en el sistema legal penal. Si bien es cierto que las reglas específicas son halladas en la legislación penal, no lo es menos que el contenido de las mismas viene condicionado, sobre todo en su legitimidad y validez por normas constitucionales; asimismo pueden encontrarse permisos de la acción o definiciones de términos en otras áreas del sistema distintas de la penal.. Por tanto, al rastreo debe agotar las posibilidades de hallar una regla y las condiciones de su interpretación.

Aún cuando toda la operación de búsqueda no arroje un resultado positivo, en el sentido de obtener la subsunción, el sistema tiene reglas que resuelven este problema, por ejemplo los sobreseimientos definitivos porque cuando no se sostiene la imputación, opera entonces la garantía de legalidad.

La matriz lógica de operación u operacional que posee el Defensor le permite realizar todas estas operaciones de identidad, negación

correlación y reciprocidad; se observa que primero intenta las correlaciones, verificada la identidad obtiene sus premisas empíricas y jurídicas y puede pasar al razonamiento deductivo. La función de clasificación es la preponderante.

Obtenida la regla y el caso por deducción se logra la conclusión por la cual se imputan normativamente las consecuencias. Esta es una operación lógica de deducción por la cual se concluye que el caso está comprendido en la regla, por ende puede ser clasificado como delito de una determinada especie.

9. Estrategias de Defensa, función de la teoría del delito

Hasta ahora se ha visto que incluso en la selección de la prueba la habilidad cognitiva del Defensor, si bien se concretaba y desplegaba por referencia a otro relato y al texto de la ley que le servían como guía de interpretación provisoria del sentido de los rastros, no lo es menos que utilizaba su propio criterio, es decir hipótesis de trabajo generadas a partir del mayor o menor conocimiento del fenómeno que enfrentaba. Probablemente podría haberlo incrementado con la colaboración de algún sujeto con competencia especial, los peritos suelen ser de gran ayuda en la selección del tipo de prueba, o por propia formación en el área, o conocimientos especiales de criminología.

Sin embargo el problema de la aplicación de la ley al caso requiere de habilidad y competencia en el Defensor, entendida ésta última como conocimiento del campo de acción. De allí que el Defensor necesita tener formación teórica en Derecho, primero para poder reconocer el sistema que utilizará, y segundo para instrumentar las técnicas de aplicación.

Los esquemas conceptuales y las explicaciones contenidas en las teorías penales y procesales constituyen las herramientas para solucionar estos problemas.

Esta afirmación no quiere decir que, con relación a los hechos la acción del Defensor no fue guiada por un esquema similar aún cuando no estrictamente jurídico, por el contrario, las contra-hipótesis y las hipótesis explicativas que construyera operaron como reglas de teoría, hay que recordar lo que se citó de Ferrajoli y cómo justifica éste autor el uso de la deducción.

Siempre entre los hechos y la ley aparecerá como mediador el esquema teórico posibilitando la aplicación de la misma. Al respecto Enrique Bacigalupo (1994)³ es preciso al sostener que " El sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley al caso. En este sentido es posible afirmar que la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal". Y, luego agrega " Desde este punto de vista, la teoría del delito cumple una doble función mediadora. Por un lado media entre la ley y la solución del caso concreto, es decir, entre la norma general, que expresa la valoración del legislador, y la concreción de éste en una norma particular que decide el caso concreto. Por otro lado, existe también una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley".

Los modelos teóricos le marcan pautas o tipos de acciones a realizar, incluso secuencias ordenadas. Por ejemplo, la secuencia analítica del concepto del delito lleva a que se organicen los datos en construcciones que van desde las características de la acción, a las circunstancias de hecho que condicionan la justificación, luego aquellas relativas al sujeto y sus condiciones personales de responsabilidad.

En párrafos anteriores he señalado que el Defensor se mueve permanentemente de lo empírico a lo jurídico mediado por la teoría, elemento transductor fundamental.

El modelo teórico que utilice le proporcionará el criterio para interpretar el sentido jurídico de los hechos, posibilitándole la argumentación con la cual concretará sus acciones de defensa.

10. Impugnación de resoluciones

No desarrollaré en detalle todos los tipos de resoluciones que pueden producirse en esta etapa, y por ende la estructura de las impugnaciones de las mismas que pueda hacer el defensor, pues en general el esquema de acción de la defensa se va repetir. Me limitaré, entonces a dos modelos suficientemente ilustrativos, la que decide la situación del imputado, auto de procesamiento, y las que resuelven planteos de nulidad.

En el procesamiento, con las características propias de la instrucción, se decide acerca de la imputación. En general el procesamiento constituye un pronunciamiento acerca de la existencia del hecho, y de la responsabilidad del sujeto que implica, la relativa prueba de los hechos y la individualización de la ley aplicable al caso, no tiene carácter definitivo pues la decisión no pone fin al proceso, así como no implica un pronunciamiento que sustente la aplicación de la pena.

En principio las dos circunstancias apuntadas, prueba de los hechos y del derecho aplicable, constituirán condicionamientos de la acción impugnativa, es decir que la Defensa para lograr un cambio en la segunda instancia deberá atacar con sus argumentos estas dos cuestiones. Aquí es donde cobran mayor fuerza las hipótesis alternativas acerca de los hechos y el derecho, y sus respectivas justificaciones.

Al no poder modificar las circunstancias de hecho del proceso, es decir la prueba, sus operaciones deberán versar sobre los argumentos de la prueba que justifican la historia. La historia en sí misma no tiene relevancia como no sea por relación a su prueba, es decir al ser la

3 BACIGALUPO Enrique, Lineamientos de la Teoría del delito, 3era. Ed. 1994, Hammurabi, pag. 25ys.s.

reconstrucción probada, y no meramente imaginada, lo pertinente es atacar la argumentación que justifica la reconstrucción por esa prueba.

Lo mismo ocurre con relación al derecho, lo que se atacará en la impugnación serán los argumentos que sostienen la verificación.

También puede motivar la impugnación una cuestión de validez o legitimidad, no profundizaré el tema porque excede el propósito del trabajo, pero debo señalar que, igualmente en estos casos la acción de defensa opera sobre argumentos, es decir es una tarea plena de refutación.

Así como el Defensor preparó el campo para la refutación con la verificación produciendo contra-pruebas y obteniendo reglas con las que formuló sus hipótesis alternativas, en la impugnación la función se concreta exclusivamente en campo argumental, acción de refutación.

11. Núcleos problemáticos correspondientes al juicio

En esta etapa se produce la contienda con cierto nivel de equilibrio entre las partes, pues tanto la acusación como la defensa tienen disponibilidad sobre la prueba a producirse.

Las operaciones que caracterizan la acción de la defensa en su estructura son similares a las descritas en el punto anterior, solo que ahora a diferencia de la etapa instructoria puede concretar realmente la alternativa de la contraprueba, pues no está condicionada por la aceptación del Juez instructor.

La secuencia comienza con la hipótesis fáctica y jurídica del requerimiento de la acusación. Se vio que en la instrucción, al ser una instancia de recolección de datos, no definitiva pero suficiente para posibilitar la acusación, la acción de la defensa se realizaba por relación a una

diversidad de acciones, tales las de la prevención, del Fiscal y del Juez de instrucción; no ocurre lo mismo en la etapa de juicio, pues en el requerimiento de elevación a juicio se fijan definitivamente las hipótesis fácticas y jurídicas de la acusación, las cuales serán objeto de la contienda. Es decir que la Defensa debe operar directa y únicamente sobre y a partir el contenido del requerimiento.

Hay que recordar que, en general, todos los códigos procesales establecen que luego de elevada a juicio la causa, tanto acusación como defensa tienen la oportunidad procesal de ofrecer y producir la prueba que crean pertinente, terminada la producción de la misma se concreta la acusación, acto por el cual el Fiscal establece las correlaciones entre las hipótesis fácticas formuladas provisoriamente en el requerimiento y las verificadas por la prueba producida durante el juicio, y confirma o modifica según hayan sido los resultados las hipótesis jurídicas, quiere ello decir que básicamente justifica las premisas fácticas y jurídicas a partir de las cuales pretende que el Tribunal se pronuncie emitiendo su fallo.

Por consiguiente la defensa cuya función es desbaratar primero ambas hipótesis; la etapa que sigue es la de ofrecimiento y producción de la prueba, deberá, sino lo hizo durante la instrucción, confrontar sus hipótesis fácticas y jurídicas con las del requerimiento para proponer las pruebas que considere útiles para verificarlas, así como la contraprueba que desbarate las hipótesis del Fiscal.

Las estrategias y los actos cognitivos presentan la misma estructura de los ya analizados en la etapa instructoria, por lo que considero innecesario volver sobre lo mismo.

La única diferencia observable radica en que el proceso de formulación, prueba y justificación de las hipótesis está perfectamente diferenciado, lo cual ordena las acciones de ambas partes de la misma forma.

La etapa concluye con la acusación y la defensa propiamente dichas. Las estrategias y operaciones cognitivas marcaron los esquemas de acción de la defensa en el ofrecimiento de prueba. En la defensa, entendido el acto formal por el cual se responde a la acusación, verdadero contradictorio, las acciones se organizan en función predominantemente de la refutación.

La estrategia a utilizar no se puede pre-determinar, si es posible señalar que tipo de cuestiones deben tratarse si la acusación cumple con las prescripciones legales que la vuelven válida, es decir sí, se afirman los hechos y el derecho con claridad y precisión y se justifican estas aserciones con argumentos válidos, la defensa tendrá diversas alternativas dependiendo de que, niegue los hechos y el derecho, acepte los hechos y niegue el derecho, acepte los hechos parcialmente y niegue el derecho, o acepte los hechos y niegue el derecho parcialmente. Pueden explorarse otras combinaciones, pero siempre el eje será operar sobre las hipótesis de la acusación para refutarlas, a partir de contrapruebas y pruebas que sostengan contra hipótesis e hipótesis alternativas.

Ferrajoli dice que se afirman las hipótesis por el razonamiento lógico propio del modus ponens y se refutan por modus tollens.⁴ Justifica el tipo de razonamiento, tanto inductivo para la obtención de hipótesis como deductivo para su confirmación o refutación. Hay que tener en cuenta sin embargo las consideraciones de Perelman respecto del razonamiento dialéctico.⁵

La última cuestión que quiero dejar simplemente planteada es cómo resuelve una u otra estrategia de defensa. Aparece aquí una cuestión

de valoración, no se trata ya de los co-nocimientos adquiridos acerca del caso, sino frente a las alternativas enfrentar el dilema. El punto amerita un análisis especial, pero no por ello deja de ser sumamente problemático, es obvio que excede el objeto del ensayo, pero llamo la atención al respecto por cuanto el éxito de una defensa depende, en un grado muy importante, de esta decisión.

Estoy de acuerdo que, en la selección de los datos, de la prueba, y general en la consideración de los rastros hay decisiones, la acción de la defensa no es neutra, es decir que hay componentes valorativos, así como coincido en que se aborda la realidad misma cargado de teoría como sostienen muchos epistemólogos, pero ello no invalida el conocimiento que obtienen, pero pese a todo, siempre la función lo llevará a elecciones teñidas de valor, sin ir más lejos, aquellas fundadas en el principio de inocencia operando como eje de la decisión.

Trabajos existentes: Cabe consignar que se han producido importantes investigaciones relativas a los problemas de la argumentación jurídica. Es indudable que, una acción de defensa excede lo cognoscitivo, y que sus estrategias más importantes por lo decisivas para la situación de sus asistidos, se operan en la argumentación, no en vano hay coincidencia en que su acción principal es la refutación.

No me he propuesto entrar en ese terreno, simplemente intenté sumariamente aislar algunas situaciones y establecer tipos de acciones de defensa corresponden a las mismas, y particularmente reflexionar acerca de las operaciones cognitivas que un defensor se ve necesitado de

4 FERRAJOLI Luigi, ob.cit. pag.145. « Conviene subrayar que el razonamiento probatorio, como cualquier razonamiento inductivo por lo demás, procede no sólo lógicamente sino también pragmáticamente... "Al afrontar un problema no se registran indistintamente todos los datos y los hechos del mundo, sino sólo aquellos relevantes respecto de una o varias hipótesis de solución; y no se parte de todas las hipótesis imaginables sino sólo de aquellas plausibles, aunque sólo sea lejanamente. Es claro que esta selección de las hipótesis que se han de poner a prueba y de las pruebas que se han de practicar está guiada, además de por nuestra intuición, por el conjunto de nuestros conocimientos, tal y como resultan de los llamados "hechos notorios" y de las llamadas "máximas de experiencia". Pero estas máximas permiten inferir deductivamente no ya las hipótesis de las pruebas recogidas, como pretenden las falsas generalizaciones incluidas en los esquema (a) y (c) propios de las pruebas legales –sino a la inversa- las pruebas de las hipótesis por modus ponens o la negación de las hipótesis de las contrapruebas por modus tollens." Ed. Gredos. 1989.

5 PERELMAN Ch. La lógica Jurídica y la nueva retórica. Ed.Civitas. 1988, pag. 10.

realizar en determinados contextos, es decir por condicionamiento del contexto.

Hay, sin embargo importantes investigaciones respecto de la argumentación en el campo jurídico, dos de ellas muy relevantes porque enfrentan el problema acerca de los esquemas lógicos utilizados en general por los actores de los discursos jurídicos; uno de ellos es Perelman⁶, y el otro es Vignaux⁷.

Ahora bien, la intención de este ensayo no fue otra que, como lo dijera en el párrafo anterior, tomando los distintos momentos en que debe actuar la defensa establecidos en las reglas legales, más las condiciones que éstas y las garantías le imponen, reflexionar cómo debería usar su pensamiento en las distintas ocasiones para obtener los resultados propios de su función.

El sentido del ensayo está dado por la propuesta de comenzar a hacer algo para mejorar la Defensa Pública en América Latina; ello implica aislar problemas, tender líneas de investigación que se hagan cargo de los mismos; producir conocimiento por los menos en las tres áreas, cognitiva, argumentativa y por último valorativa.

Se conoce poco o nada del universo de acciones defensivas públicas concretas, no tengo información de que esté en ejecución algún proyecto de investigación, por lo menos exploratorio para aislar variables para organizar una investigación que tenga por objeto explicar en Latino América cómo se ejerce la Defensa Pública.

Hay si publicaciones acerca de la Defensa en el proceso penal, muy importantes, pero de lo que aquí se trata es de cuestiones operativas, la defensa en acción, siendo que el pensamiento es acción según Piaget.

A la fecha tengo en desarrollo un proyecto de investigación, acerca de *La Función de la Teoría del Delito en la Decisión Judicial*. El análisis del mismo tema en el ejercicio de las acciones de defensa, constituye un estudio lateral del tema principal, pero de todas formas una de las dimensiones del problema, aún cuando no la única.

Si el defensor va operar interpretando hechos y derechos utilizando como herramienta las teorías jurídicas, es evidente que debe procurársele una adecuada formación en tal sentido. Las habilidades en el manejo o utilización de recursos teóricos se adquieren con entrenamiento especial que comprenda la incorporación de los contenidos teóricos, y el uso de esos contenidos en situaciones de aprendizaje que reproduzcan la actividad de la defensa en un caso real.

Muchos defensores realizando metacogniciones de sus propias praxis enriquecen sus habilidades, sin embargo no puede dejarse librado, exclusivamente, el incremento de las mismas a operaciones cognitivas de este tipo que por sucesivas equilibraciones logren el propósito de mejorar la performance de la Defensa, pues es azaroso.

Considerando los campos en los que debe actuar, empírico y jurídico, sería razonable mejorar las herramientas teóricas con las cuales enfrentar y comprender el fenómeno de la criminalidad; entrenarlo en el pensamiento lógico, y en técnicas de argumentación. En general todo aquello que abra las posibilidades de sus acciones para que logre una mayor eficacia.

Por último hay que pensar que en épocas como las actuales la Defensa Pública cumple, además de la función técnica, una de fuerte contención social, tanto en el campo penal,

6 PERELMAN Ch. Y OLBRECHTS Tylteca, Tratado de la Argumentación. La nueva retórica.

7 VIGNAUX Georges. La Argumentación. Ensayo de Lógica Discursiva. Ed. Hachette.1976

como en otros en los cuales debe actuar, como en el derecho civil, tanto asistiendo a menores como pobres; en el campo de la asistencia social, en lo que respecta a las cuestiones previsionales y laborales.

La currícula de la carrera de Abogacía, por lo menos en algunas de las Universidades del País, no está compuesta con contenidos útiles para la solución de algunos de los problemas más graves que deben afrontar los defensores públicos. De allí la necesidad de contribuir con ellos aportando a su perfeccionamiento. ♦

e n t r e v i s t a



ENTREVISTA AL PROF. *LUIGI FERRAJOLI*

SOBRE LA DEFENSA PÚBLICA

Realizada por
STELLA MARIS MARTÍNEZ y MARÍA FERNANDA LÓPEZ PULEIO

PyE: ¿Cuál es su opinión sobre la Institución de la Defensa Oficial y cuáles son las características que debería tener?

Luigi Ferrajoli: En Italia no existe la Defensa Pública sino sólo la “defensa de oficio”; que de hecho es una falta de defensa.

Creo que el defensor público es una institución de gran valor, propuesta ya por Gaetano Filangieri aproximadamente hace dos siglos, y me parece un signo de gran civilidad que se concretó en varios países de América Latina, como ocurre por ejemplo en Costa Rica o también aquí, en Argentina.

La Defensa Pública es necesaria no como alternativa a la defensa de confianza, sino como complemento de la defensa de confianza, en el sentido de que por un lado es un factor de igualdad respecto de quien no puede permitirse una costosa defensa de confianza, y por el otro opera como un factor de equilibrio con la acusación pública. A este fin, el defensor público debería ser un magistrado con poderes de investigación, con la posibilidad de disponer de la policía judicial. O sea, con poderes análogos a aquellos que tiene el fiscal.

En Italia hay una fuerte oposición a este tipo de instituto, particularmente por parte de los abogados, por razones obvias de carácter corporativo, de interés profesional. Pero creo que sería un factor de democratización de la jurisdicción y de refuerzo del fundamento de legitimidad de la jurisdicción la introducción de los defensores oficiales también en mi país, en Italia, con la previsión en cabeza de estos

magistrados de poderes análogos a los del Ministerio Público.

PyE: ¿En América Latina existe una discusión en el marco de las obligaciones que las Convenciones sobre Derechos Humanos imponen al Estado en la materia. El objeto es determinar si el Estado, además de garantizar la defensa pública debe también administrar el servicio, o si esa administración debe hallarse a cargo de los colegios profesionales. Otra discusión gira en torno a quienes deben ser los encargados de ejercer la defensa pública: funcionarios del Estado o abogados en libre ejercicio de la profesión. Considera que se asegura mejor la defensa si los abogados son funcionarios públicos o profesionales libres?

Luigi Ferrajoli: Creo que la condición indispensable de que se trate de un magistrado, como integrante de un Ministerio Público de la Defensa, deriva de la necesidad de absoluta independencia del Estado; independencia del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo, independencia de la Administración.

Esto, que vale para la jurisdicción, debe valer también para los Ministerios Públicos. Para los fiscales, si bien en muchos ordenamientos los fiscales dependen del Poder Ejecutivo: un absurdo que debe ser superado. Y vale obviamente todavía más, con mayor razón, para el Ministerio Público de la Defensa. El Defensor Público debe ser un magistrado con todas las garantías de independencia del Juez, y quizás con algunas garantías más, ya que no se trata sólo de garantizar la imparcialidad, sino también la defensa de las razones del imputado –también si es

culpable-. Y en consecuencia, debe tratarse de un contrapoder, por decir así, que puede competir y no inclinar la cabeza en cuanto se trata, al igual que el defensor privado, de un órgano extraño al aparato administrativo público.

PyE: Más allá de la oposición corporativa de los abogados particulares que Ud. Señala como un fenómeno propio de Italia, en países como la Argentina, la realidad es que en la gran mayoría de los procesos intervienen defensores públicos, y eso es muy significativo, pero significa un costo económico, por lo que algunas voces cuestionan el mantenimiento público del sistema.

Luigi Ferrajoli: El hecho de que la notoria mayoría de las defensas se halle a cargo de defensores públicos es la muestra más cabal de su necesidad, porque evidentemente se trata de personas que no están en condiciones de recurrir a las costosas defensas privadas.

Y obviamente, una institución como ésta, es una institución costosa. Pero todas las garantías cuestan. Sería como decir que es una institución costosa la justicia. Que es una institución costosa la cárcel. Que es una institución costosa la garantía de la salud o de la instrucción pública. El hecho de que sea costosa no es evidentemente un buen argumento.

PyE: ¿Qué opina de la imposición de la defensa pública en contra del interés del imputado a tener un defensor técnico?

Luigi Ferrajoli: Que en realidad estamos hablando de derechos y no de deberes. Ninguno debe ser obligado a recurrir a la defensa pública. Ninguno puede ser obligado a recurrir a un hospital público si quiere ir a un hospital privado. Ninguno puede ser obligado a la satisfacción de un derecho social, que son los derechos a prestaciones positivas. Debe tratarse de un derecho, no de un deber, al que todos pueden recurrir, pero como efectivo derecho de defensa.

PyE: ¿Podría pensarse en un sistema que establezca diferenciaciones en los beneficios de la defensa pública para quien tiene dinero y sin embargo "elige" al defensor público?

Luigi Ferrajoli: Me parece que un sistema de ese tipo daría lugar a complicaciones inútiles. Creo que, como todos los derechos fundamentales, un derecho de esta naturaleza es un derecho universal, y por lo tanto a todo ciudadano debe consentirsele que, aunque rico, recurra a la defensa pública. La alternativa sería por un lado una desigualdad injustificable, por el otro, una complicación; se trataría de determinar caso por caso el ingreso, etc.

Creo que lo más simple es establecer que la defensa pública es un derecho del ciudadano y que cualquiera puede recurrir a ella. Evidentemente que una persona rica recurra a este instituto es un signo de la menor confiabilidad de la defensa privada y un signo positivo en torno a la efectividad y a la capacidad profesional de la defensa pública.

La idea de que la defensa pública deba ser una defensa sólo para los pobres, paradójicamente terminaría por generar una defensa de "segunda selección". Un poco lo que ocurre en Italia con la defensa de oficio. En otras palabras, la defensa pública no debe ser concebida como un débil suplente de la defensa privada. Es la concreción de una garantía fundamental como el derecho de defensa, dejando a salvo, evidentemente, al interesado optar por la defensa privada.

Dependerá después de la calidad de esta institución, del poder que tenga, de su independencia y de su credibilidad. Y me parece que el hecho de que la gran mayoría recurra a la defensa pública es una buena señal. ♦

l e g i s l a c i ó n



LOS LINEAMIENTOS DEL DERECHO DE DEFENSA ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

IRMA ADRIANA GARCÍA NETTO

Defensora Pública Oficial ante la Justicia Nacional en lo Correccional de la República Argentina.

El Estatuto de Roma aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional entra en vigencia el 1º de julio del 2002. El Estatuto crea un Tribunal permanente, independiente y vinculado con la organización de las Naciones Unidas, con jurisdicción sobre personas individuales, no sobre los Estados, respecto de los crímenes de más grave trascendencia internacional, que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Es el fin a la impunidad de los responsables de los peores crímenes contra la dignidad humana. El lema de su creación es "no hay paz sin justicia"

Esta competencia de juzgamiento internacional se ejerce siempre, de manera complementaria de las penales nacionales, ya que como se afirma en el Preámbulo de su Estatuto de creación, es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. El principio de complementariedad determina que la Corte Penal Internacional sólo podrá ejercer su jurisdicción respecto de un caso particular, cuando el Estado competente para juzgarlo no cuente con un sistema de justicia capaz de hacerlo o no exista la voluntad de hacerlo.

El Estatuto establece también el derecho aplicable ante la Corte, su competencia territorial, temporal y por razón de la materia, las tipi-

ficaciones y penas, los principios generales del Derecho Penal Internacional y el proceso ante la Corte, desde la admisibilidad de los casos hasta la ejecución de las penas.

La Corte será competente sólo en los siguientes crímenes: a) el crimen de genocidio; b) los crímenes de lesa humanidad; c) los crímenes de guerra; d) el crimen de agresión¹, de trascendencia para la comunidad internacional, que se hayan cometido con posterioridad a su entrada en vigencia en los Estados Parte, o que acepten someterse a la jurisdicción y competencia de la Corte, o en el caso de una remisión del Consejo de Seguridad de la ONU, cumpliéndose las condiciones previas y cuestiones de admisibilidad que establece el mismo Estatuto.²

La Corte deberá adecuar su actuación a los principios generales del derecho penal: irretroactividad (art. 11 y 24), cosa juzgada (art. 20), legalidad (art. 22 y 23), presunción de inocencia e in dubio pro reo (arts. 22 y 66), la responsabilidad penal individual (art. 25). Reconoce al imputado el derecho a ser informado de los cargos (en idioma que comprenda), ser oído públicamente, a estar asistido por un abogado defensor, a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, a no declarar contra sí mismo, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a interrogar a los testigos, a que no se invierta la carga de la prueba ni le sea impuesta la carga de presentar contra-pruebas (arts. 55 y 67)

1. Conf. Art. 5. El misma Estatuto en los arts. 6 a 8 tipifica los crímenes, aclarando que respecto al crimen de agresión se aprobará una disposición que lo defina.

2. Conf. art.12 y 17.

Respecto a los derechos de las personas durante la investigación y a la asistencia de un defensor, el art. 55 en consonancia con lo establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos (art. 6.3 c) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3 b y d) dispone que tendrá derecho "... a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, si no lo tuviere, a que se le asigne un defensor de oficio, siempre que fuere necesario en interés de la justicia y, en cualquier caso, sin cargo si careciere de medios suficientes"³. Al reglar los derechos del acusado en la etapa de juicio, el art. 67.1.d) expresa "Con sujeción a lo dispuesto en el párrafo 2 del art. 63, el acusado tendrá derecho a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente si careciere de medios suficientes para pagarlo".

Si bien podríamos afirmar que el Estatuto asegura el derecho de defensa del imputado y establece las reglas de un proceso contradictorio, en el que ambas partes del proceso: acusador e imputado gozan de los mismos derechos, leyendo atentamente advertimos que podrían existir casos en los que la anunciada paridad entre las partes se convertiría en una clara desigualdad.

En primer término, al adoptar una fórmula laxa e imprecisa al regular que se le asignará al justiciable un defensor de oficio "si fuere necesario en interés de la justicia", no asegura que contará todo imputado con un defensor, ya que será el mismo Tribunal quien determine si ello es necesario. Cuáles son los parámetros va a tener en cuenta para pensar que el interés de la justicia lo exige?.

Asimismo, la designación del defensor no es preceptiva, ya que el imputado puede renunciar y defenderse por sí mismo⁴, lo que crea un evidente desnivel con la Fiscalía.⁵

Aún más en el art. 65.1.b que se refiere a la confesión del acusado al conocer los cargos en la etapa de juicio, la que de admitirse da fin al proceso con una condena, dice que debe ser con asesoramiento de defensor pero no habla que se requiere la presencia del mismo.

En segundo término, los derechos que se le reconocen al imputado al formularse los cargos en la etapa de juicio (art. 67) son mayores que los que se le reconocen durante la investigación (art. 55) y acaso, no deberían ser los mismos desde el inicio del proceso? Fundamentalmente, si tenemos en cuenta que se podrán incorporar al debate prueba producida en la etapa anterior. Por ejemplo, sólo se le informa su derecho a ser asistido por un defensor, antes de ser interrogado, si no es interrogado, no existe obligación de informarle los motivos de sospecha e investigación en su contra. ¿no se le debería informar, para darle la oportunidad de ofrecer prueba que puedan tal vez determinar que no se formulen cargos en su contra?.

Si sólo se exige la presencia del imputado para el juicio, ¿cómo es posible que se pueda llegar a formular cargos que dan inicio al debate en su ausencia?

En tercer término ¿es auténtica la asimilación que establece el art. 48 entre las partes si el Fiscal es un sujeto de derecho internacional público, status que no goza el defensor y en cambio éste debe trabajar en relación con la Secretaría de la Corte?

3 Art. 55.2. c).

4 El art. 55.2 d) le otorga el derecho a ser interrogada en la etapa de la instrucción en presencia de su abogado, a menos que haya renunciado voluntariamente a su derecho a asistencia letrada.

5 Ya Bentham expresaba en sus Tratados sobre la organización de la justicia y de las pruebas, la necesidad de contar con una defensa técnica eficiente "... para restablecer la igualdad entre las partes, respecto a la capacidad y para compensar la desventaja inherente a la inferioridad de condición" del imputado.

El poderío de investigación que se le da al fiscal no se equilibra con solo nombrar un abogado defensor. La "igualdad de armas" exige como nos dice Ferrajoli "... que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio..."⁶

Tal vez, estas desigualdades que señalo no se efectivicen y se superen al iniciar el Tribunal su actuación, con una adecuada reglamentación.

Al momento de realización de este trabajo, no se han aprobado las Reglas del Procedimiento ante la Corte Penal Internacional que reglamentan las disposiciones del Estatuto; existe un Proyecto⁷, que en lo que respecta a la organización de la defensa ante al Tribunal, establece el control a cargo del Secretario de la Corte.

La Regla 20 establece que el Secretario organizará el personal de la Secretaría de modo que se promuevan los derechos de la defensa de manera compatible con el principio de juicio imparcial. *A tales efectos el Secretario, entre otras cosas:*

- a) Facilitará la protección de la confidencialidad, definida en el párrafo 1 b) del artículo 67;
- b) Prestará apoyo y asistencia y proporcionará información a todos los abogados defensores que comparezcan ante la Corte y según proceda, el apoyo a los investigadores profesionales que sea necesario para una defensa eficiente y eficaz;
- c) Prestará asistencia a los detenidos, a las personas a quienes sea aplicable el párrafo 2 del artículo 55 y a los acusados en la obtención de asesoramiento letrado y la asistencia de un abogado defensor;

- d) Prestará asesoramiento al Fiscal y a las Salas, según sea necesario, respecto de cuestiones relacionadas con la defensa;
- e) Proporcionará a la defensa los medios adecuados que sean directamente necesarios para el ejercicio de sus funciones;
- f) Facilitará la difusión de información y de la jurisprudencia de la Corte al abogado defensor y, según proceda, cooperará con colegios de abogados, asociaciones nacionales de defensa o el órgano representativo independiente de colegios de abogados o asociaciones de derecho a que se hace referencia en la subregla 3 para promover la especialización y formación de abogados en el derecho del Estatuto y las Reglas.

2. El Secretario desempeñará las funciones previstas en la subregla 1, incluida la administración financiera de la Secretaría, de manera tal de asegurar la independencia profesional de los abogados defensores.

3. A los efectos de la gestión de la asistencia judicial de conformidad con la regla 21 y la formulación de un código de conducta profesional de conformidad con la regla 8, el Secretario consultará, según corresponda, a un órgano representativo independiente de colegios de abogados o a asociaciones jurídicas, con inclusión de cualquier órgano cuyo establecimiento facilite la Asamblea de los Estados Partes.

Regla 21. Asignación de asistencia letrada.

1. Con sujeción al párrafo 2 c) del artículo 55 y el párrafo 1 d) del artículo 67, los criterios y procedimientos para la asignación de asistencia letrada serán enunciados en el Reglamento sobre la base de una propuesta del Secretario previa consulta con el órgano

⁶ Derecho y Razón. Luigi Ferrajoli. Ed. Trotta, 1995, p. 613.

⁷ Es probable que al momento de concretarse la presente publicación, la Asamblea de los Estados Partes haya aprobado el Proyecto de las Reglas del Procedimiento que se menciona en el presente.

representativo independiente de asociaciones de abogados o jurídicas a que se hace referencia en la subregla 3 de la regla 20.

2. El Secretario confeccionará y mantendrá una lista de abogados que reúnan los criterios enunciados en la regla 22 y en el Reglamento. Se podrá elegir libremente un abogado de esta lista u otro abogado que cumpla los criterios exigidos y esté dispuesto a ser incluido en la lista.

3. Se podrá pedir a la Presidencia que revise la decisión de no dar lugar a la solicitud de nombramiento de abogado. La decisión de la Presidencia será definitiva. De no darse lugar a la solicitud, se podrá presentar al Secretario una nueva en razón de un cambio en las circunstancias.

4. Quien opte por representarse a sí mismo lo notificará al Secretario por escrito en la primera oportunidad posible.

5. Cuando alguien aduzca carecer de medios suficientes para pagar la asistencia letrada y se determine ulteriormente que ese no era el caso, la Sala que sustancie la causa en ese momento podrá dictar una orden para que se reintegre el costo de la prestación de asesoramiento letrado.

Regla 22. Nombramiento de abogados defensores y condiciones que deben reunir.

1. Los abogados defensores tendrán reconocida competencia en derecho internacional o en derecho y procedimiento penal, así como la experiencia pertinente necesaria, ya sea en calidad de juez, fiscal, abogado u otra función semejante en juicios penales. Tendrán un excelente conocimiento y dominio de por lo menos uno de los idiomas de trabajo de la Corte. Podrán contar con la asistencia de otras personas, incluidos profesores de derecho, que tengan la pericia necesaria.

2. Los abogados contratados por una persona que ejerza su derecho de nombrar abogado defensor de su elección con arreglo al Estatuto depositarán ante el Secretario su patrocinio y poder en la primera oportunidad posible.

3. En el cumplimiento de sus funciones, los abogados defensores estarán sujetos al Estatuto, las Reglas, el Reglamento, el código de conducta profesional de los abogados aprobado de conformidad con la regla 8 y los demás documentos aprobados por la Corte que puedan ser pertinentes al desempeño de sus funciones.

Si la Corte Penal Internacional nace como instrumento de libertad, reafirmación de la democracia y el estado de derecho, del mismo modo que debemos procurar que los peores crímenes contra la humanidad no queden impunes, también debemos asegurar el mejor derecho de defensa y brindar la mejor asistencia legal que legitime las resoluciones del Tribunal y garantice un juicio imparcial. ♦

LA INSTITUCIONALIZACION DE LA DEFENSA EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL:

El colegio de Abogados Penal Internacional¹

CAROLINA LOAYZA TAMAYO*

*Profesora de Derecho Internacional Público y
Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Lima.*

"Para ganar legitimidad las nuevas cortes deben demostrar que no son simples máquinas condenatorias, sino que también, proporcionan a las personas acusadas, un juicio justo"
(Elise Groulx, presidenta de la AIADP)

I. DE LA CREACION DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 17 de julio de 1998, quince años después que las Naciones Unidas hicieron un llamado por un tribunal penal internacional para juzgar personas acusadas de genocidio, 120 Estados firmaron el Estatuto que lo establece.²

El 11 de Abril de 2002, se completó el número de ratificaciones necesarias (60) para que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, mas conocido como el Estatuto de Roma, entre en vigencia, el que se hará efectivo el 1 de julio de 2002. Un sistema penal internacional de justicia ha sido construido, más rápido de lo que parecía posible. El proceso se inició formalmente con el Juicio de Nuremberg y la creación de las Naciones Unidas, y se vio interrumpido con la guerra fría. Su fin, permitió que el proceso se reiniciara, recibiendo un impulso por la creación de los dos Tribunales ad-hoc para la ex Yugoslavia y para Ruanda, respectivamente.

El Estatuto de Roma, responde a una vieja aspiración de la comunidad mundial: acabar con la impunidad y el crimen y de este modo, constituye el mecanismo internacional más apropiado para que las normas que proscriben el genocidio, los crímenes contra la humanidad y de guerra y el crimen de agresión sean normas instrumentales efectivas.

A la fecha, 139 Estados han suscrito el Estatuto de Roma y 74 Estados lo han ratificado o adherido. En el último mes de junio, 7 Estados depositaron su instrumento de ratificación, Uganda, Brasil, Namibia, Bolivia, Uruguay, Gambia y Letonia³. Solo los Estados que ratifiquen el Estatuto antes del 2 de julio del 2002, o el mismo día, tendrán el derecho de participar plenamente en la primera Asamblea de los Estados Partes, a realizarse en septiembre del 2002.

La Corte Penal Internacional, encargada de aplicar el Estatuto, es una institución de carácter

* **Nota del Editor:** La autora ha venido participando en las Comisiones Preparatorias para la Corte Penal Internacional - PrepCom, en representación del Colegio de Abogados de Lima, miembro del Grupo de Iniciativa del Perú para la CPI que forma parte de la Coalición de Organizaciones no Gubernamentales para la Corte Penal Internacional - CCPI. *Se agradece a la agrupación Al Sur del Sur la gestión para la publicación de este trabajo.*

1 Fue creada por Resolución de 15 de Junio de 2002 por el Asamblea de Participantes en la Conferencia de Montreal, realizada del 13 al 15 de Junio de 2002.

2 La Votación se hizo mediante voto electrónico secreto a pedido de los Estados Unidos de Norteamérica. Estados votaron en contra: Estados Unidos, China, India, Israel, Turquía, Sri Lanka e Irak, y 21 Estados se abstuvieron.

3 Se espera que Honduras, lo haga en los próximos días, al haber completado el proceso interno de ratificación. Los siguientes Estados del continente Americano han ratificado a la fecha el Estatuto de Roma: Trinidad y Tobago, Belice, Venezuela, Argentina, Dominica, Paraguay, Costa Rica, Canadá, Colombia, Chile, Antigua y Barbuda, Ecuador, Honduras, Panamá, Perú, Brasil, Bolivia, Uruguay.

permanente, con funciones judiciales para determinar la responsabilidad penal e individual de las personas que hayan cometido los crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, y el de agresión cuando los Estados no hayan cumplido con su deber de perseguir, juzgar y castigar a los responsables de dichos crímenes. La Corte procesará únicamente a personas físicas (personas naturales) mayores de 18 años, que hayan cometido un crimen sobre el cual tiene competencia. La Corte tendrá su sede en la Haya, Holanda.

La Corte Penal Internacional se basa en el Principio de Complementariedad y no sustituye a la jurisdicción nacional en la competencia de los crímenes para los cuales tiene atribuciones, entrará en acción, cuando las jurisdicciones nacionales no cumplan con su obligación de perseguir y castigar a los responsables de esos delitos. Se busca que nadie quede exento de responsabilidad criminal por cargo oficial, aún cuando éste pueda conllevar inmunidad según el Derecho Interno. Por lo tanto, no excluye a Jefes de Estado o de Gobierno, miembro de un Gobierno o de Parlamento, Representante elegido o funcionario de Gobierno. Ninguno estará eximido de responsabilidad penal ni su cargo será motivo para reducir la pena. El Estatuto no distingue las motivaciones que se aleguen sobre la comisión del crimen o el grupo al que pertenezca la persona responsable.

II. DE LAS GARANTÍAS DE LA DEFENSA EN LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La atención en cuanto a la creación y funcionamiento de estos tribunales penales internacionales, se centró en la vigorosa acusación contra los presuntos criminales. Sin embargo, es evidente que el imperio de la ley supone algo más que alcanzar altos porcentajes de arrestos y condenas, también depende de los proce-

dimientos empleados para efectuar arrestos, investigar, y conducir los juzgamientos. Para ganar legitimidad, los tribunales deben demostrar que no son simples máquinas condenatorias, sino que proporcionan a las personas acusadas, un justo juicio. Es decir, que darán al acusado la oportunidad de una defensa integral, justa y enérgica.

El Estatuto prescribe garantías al derecho de defensa del acusado, así como para las personas que son investigadas por el Fiscal por los crímenes bajo la jurisdicción de la Corte Penal Internacional⁴. También contiene fuertes provisiones que permiten la participación de las víctimas en sus procedimientos, de acuerdo con la tradición del Derecho Civil.⁵

En el moderno sistema de justicia, para dar su versión, el acusado necesita de la asesoría y asistencia de un abogado defensor. La defensa es un mandato para actuar a favor del acusado dentro de los límites de ley. Este derecho básico es reconocido ahora en muchos países, y se ha enraizado como un principio esencial en la legislación internacional sobre derechos humanos.

Los abogados defensores hacen más que representar a la persona del acusado, a través de ellos se examina el sistema, el que se legitima, cuando trata adecuadamente al acusado y le ofrece un juicio justo. Sin embargo, la tendencia natural en casos de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, es asumir una mentalidad acusadora, por la gravedad de las conductas que se les imputa. Esta actitud aún cuando puede ser comprensible, lesiona seriamente el principio de presunción de inocencia. Si tales personas fueran deficientemente asesoradas, y sumariamente condenadas, la mayoría de los ciudadanos y políticos se pondrían de pie para aplaudir.

⁴ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Artículo 67

⁵ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Artículo 68.

Deja el mensaje de que el derecho a ser defendido es sólo una formalidad otorgada a criminales para proyectar una apariencia de justicia. Esto no sólo es peligroso sino que cuestiona la fuerza de nuestros valores democráticos. Por ello, los abogados de la defensa juegan un rol moral, al mismo tiempo que uno estrictamente legal.

III. DE LA NECESIDAD DE UN COLEGIO DE ABOGADOS PARA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Estatuto contiene prescripciones dirigidas a garantizar la independencia de la administración judicial y de la fiscalía; así como de la Secretaría de la Corte, a la que están adscritas la dependencia de víctimas y testigos⁶, pero casi nada se dice sobre los abogados defensores o sobre la profesión legal.⁷

En el caso de los Tribunales Ad-Hoc, sus Estatutos definen a la administración judicial (Presidencia y Salas) y a la Oficina de la Fiscalía como órganos independientes de la Corte, con atribuciones claramente delimitadas; sin embargo, no definen a la institución y organización de la defensa. La Secretaría de todo tribunal tiene como función primordial la administrativa y está orientada a dar apoyo a jueces y fiscales en el desempeño de sus labores. Cuando los casos se ventilaban por primera vez en los tribunales ad-hoc, la defensa no estaba organizada; ante esta situación, la Secretaría asumió la administración de los recursos para la defensa. De esta forma, en la práctica, algunas de estas decisiones vinculadas a la defensa requirieron de la aprobación previa del Secretario tales como acceso a una oficina, envío

de fax, pagos de algún gasto vinculado a la defensa, permiso para contratar a un investigador o para conducir una investigación legal, aprobación de planes de viaje, lo que podría afectar sus decisiones en su desempeño profesional.

Los Secretarios de los tribunales ad-hoc asumieron también el liderazgo en lo concerniente a la elaboración del Código de Ética Profesional y al manejo de las medidas disciplinarias lo que contradice la práctica interna de los Estados, en los que juegan un rol fundamental las asociaciones profesionales de la abogacía.

El Estatuto de Roma, no provee una estructura institucional para el defensor de los inculcados o de las víctimas. La Fiscalía y abogados que trabajan para la fiscalía son representados por la Oficina del Fiscal. Los intereses de las víctimas son representados por la Oficina de testigos y de las Víctimas que es parte de la Secretaría. No hay ninguna voz institucional para el Inculcado.

Muchos de los participantes en las reuniones de la Comisión Preparatoria para la Corte Penal Internacional en 1999 y 2000 reconocieron esta omisión⁸, en las reuniones formales de la Comisión Preparatoria y en las consultas informales entre los gobiernos y entre los gobiernos y las Organizaciones No-gubernamentales.

La Comisión Preparatoria realizó grandes esfuerzos para establecer una Oficina separada de la Defensa dentro de la Secretaría, que le provea de una estructura orgánica que le permita

⁶ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Artículo 43.6.- "El Secretario establecerá una dependencia de Víctimas y Testigos dentro de la Secretaría. Esta Dependencia, en consulta con la Fiscalía adoptará medidas de Protección y dispositivos de seguridad y prestará asesoramiento y otro tipo de asistencia a testigos y víctimas que comparezcan ante la Corte, y a otras personas que estén en peligro en razón del testimonio prestado. La dependencia contará con personal especializado para atender a las víctimas de traumas, incluidos los relacionados con delitos de violencia sexual".

⁷ Estatuto de la Corte Penal Internacional, Artículo 34.- "La Corte estará compuesta de los órganos siguientes: a) La Presidencia; b) Una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de Cuestiones Preliminares; c) La Fiscalía; d) La Secretaría".

⁸ El 17 de Julio de 1998, fecha en que se adoptó el Estatuto de Roma en la Conferencia de Plenipotenciarios Diplomáticos, los Estados encargaron la elaboración de normas complementarias a la Comisión Preparatoria para la Corte Penal.

proteger los derechos de la Defensa. Los Países Bajos, Canadá, Francia y Alemania, entre otros, impulsaron esta iniciativa. Sin embargo, algunas delegaciones sentían que las Reglas de Procedimiento y Prueba debían referirse solo a oficinas creadas en el propio Estatuto de Roma. El esfuerzo por crear una unidad de la defensa fue por consiguiente diferido, y se ha retomado recientemente en el proyecto de Presupuesto Anual para el primer año.

La Comisión Preparatoria mantuvo el interés en la protección de los derechos de la defensa y los intereses del defensor para los inculpados y las víctimas, lo que se plasmó en las Reglas de Procedimiento y Prueba sobre los "Abogados Defensores":

"Regla 20. Obligaciones del Secretario en relación con los derechos de la defensa:

1. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 43, el Secretario organizará el personal de la Secretaría de modo que se promuevan los derechos de la defensa de manera compatible con el principio de juicio imparcial definido en el Estatuto. A tales efectos el Secretario, entre otras cosas:

- a) Facilitará la protección de la confidencialidad, definida en el párrafo 1 b) del artículo 67;
- b) Prestará apoyo y asistencia y proporcionará información a todos los abogados defensores que comparezcan ante la Corte y según proceda, el apoyo a los investigadores profesionales que sea necesario para una defensa eficiente y eficaz;
- c) Prestará asistencia a los detenidos, a las personas a quienes sea aplicable el párrafo 2 del artículo 55 y a los acusados en la obtención de asesoramiento letrado y la asistencia de un abogado defensor;

d) Prestará asesoramiento al Fiscal y a las Salas, según sea necesario, respecto de cuestiones relacionadas con la defensa;

e) Proporcionará a la defensa los medios adecuados que sean directamente necesarios para el ejercicio de sus funciones;

f) Facilitará la difusión de información y de la jurisprudencia de la Corte al abogado defensor y, según proceda, cooperará con colegios de abogados, asociaciones nacionales de defensa o con el órgano representativo independiente de colegios de abogados o asociaciones de derecho a que se hace referencia en la sub-regla 3 para promover la especialización y formación de abogados en el derecho del Estatuto y las Reglas.

2. El Secretario desempeñará las funciones previstas en la sub-regla 1, incluida la administración financiera de la Secretaría, de manera tal de asegurar la independencia profesional de los abogados defensores.

3. A los efectos de la gestión de la asistencia judicial de conformidad con la regla 21 y la formulación de un código de conducta profesional de conformidad con la regla 8⁹, el Secretario consultará, según corresponda, a un órgano representativo independiente de colegios de abogados o a asociaciones jurídicas, con inclusión de cualquier órgano cuyo establecimiento facilite la Asamblea de los Estados Partes."

La Regla 20 contiene dos clases de disposiciones, la primera relativa a los derechos de la defensa, y la segunda institucionaliza la Defensa. El primer grupo de disposiciones, en las secciones 1 y 2 de la Regla 20, dispone que la Secretaría debe ser organizada "de manera que promueva los derechos de la defensa, acorde con el principio de un juicio

9 Regla 8. Código de Conducta Profesional

1.- La Presidencia, a propuesta del Secretario y previa consulta al Fiscal, elaborará un proyecto de código de conducta profesional de los abogados. Al preparar la propuesta, el Secretario procederá a las consultas previstas en la sub-regla 3 de la regla 20. - 2.- continuación, el proyecto de código será transmitido a la Asamblea de los Estados Partes, para su aprobación, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 112. - 3.- El Código contendrá disposiciones relativas a su enmienda.

imparcial tal como está definido en el Estatuto.” El Secretario también debe operar “de tal manera que asegure la independencia profesional de la Defensa.” Los derechos específicos de la defensa que deben ser protegidos incluyen derechos tales como la confidencialidad, reconocido en el Estatuto de Roma, y otros derechos humanos reconocidos internacionalmente en los instrumentos como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las otras disposiciones relativas a la institucionalidad de la Defensa, están contenidas en la sección 3 de la Regla 20. Esta Regla prevé la creación de un cuerpo que pueda representar a los abogados que ejerzan ante la Corte Penal Internacional, proteja su independencia y la de la profesión de la abogacía, que permita proteger los intereses de sus clientes: Acusados o Víctimas.

Los “propósitos” para los que el Secretario “consultará” se establece en la Regla 21.

“Regla 21. Asignación de asistencia judicial

1. Con sujeción al párrafo 2 c) del artículo 55 y el párrafo 1 d) del artículo 67, los criterios y procedimientos para la asignación de asistencia judicial serán enunciados en el Reglamento sobre la base de una propuesta del Secretario previa consulta con el órgano representativo independiente de asociaciones de abogados o jurídicas a que se hace referencia en la sub-regla 3 de la regla 20.

2. El Secretario confeccionará y mantendrá una lista de abogados que reúnan los criterios enunciados en la regla 22 y en el Reglamento. Se podrá elegir libremente un abogado de esta lista u otro abogado que cumpla los criterios exigidos y esté dispuesto a ser incluido en la lista.

3. Se podrá pedir a la Presidencia que revise la decisión de no dar lugar a la solicitud de nombramiento de abogado de oficio. La decisión de la Presidencia será definitiva. De no darse lugar a la solicitud, se podrá presentar al Secretario una nueva en razón de un cambio en las circunstancias.

4. Quien opte por representarse a sí mismo lo notificará al Secretario por escrito en la primera oportunidad posible.

5. Cuando alguien aduzca carecer de medios suficientes para pagar la asistencia letrada y se determine ulteriormente que ello no era efectivo, la Sala que sustancie la causa en el momento podrá dictar una orden para que se reintegre el costo de la prestación de asesoramiento letrado.”

La Regla 21 es una provisión muy amplia. El otorgamiento de la asistencia legal y el desarrollo de un Código de Conducta Profesional, son los propósitos de las consultas de la Secretaría, aunque los temas listados en la Regla 21(3) para la consulta no son exclusivos del Secretario quien puede consultar en otros asuntos.

El Secretario consultará con un “cuerpo representativo independiente de la defensa” o con “el cuerpo representativo independiente de... las asociaciones legales.” Teniendo en cuenta la regla de interpretación normal, dice Elise Groulx¹⁰, el “o” es inclusivo, el Secretario puede consultar con ambos, un cuerpo representativo independiente de asesoría y las asociaciones legales. De manera similar, el Secretario no se limita a consultar con una organización. El o ella pueden consultar con “cualesquiera” de tales organizaciones. La palabra “independiente” asegura que la profesión legal mantenga la independencia necesaria al representar al Acusado o una Víctima ante la Corte Penal Internacional. La Asamblea de Estados Partes puede facilitar el establecimiento de un cuerpo bajo esta Regla.¹¹

¹⁰ Presidenta de la AIADP y principal impulsora de la creación del Colegio de Abogados para la Corte Penal Internacional.
¹¹ Al estar separada la Asamblea de los Organos del Tribunal -Jueces, Presidencia, Secretario, Fiscal-, podrá garantizar coadyuvar a la independencia de la profesión legal.

IV. DE LA CREACION DEL COLEGIO DE ABOGADOS PARA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La creación del Colegio de Abogados Penal Internacional se convirtió en una necesidad urgente, ante la inminencia de la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional el 1 de julio de 2002: consecuentemente, la primera Asamblea de Estados Partes se llevaría a cabo en septiembre de 2002. A fin de que el Colegio de Abogados para la Corte esté en la Agenda de dicha Asamblea, se requería que sea incluida en su Agenda a ser determinada por la última Comisión Preparatoria a realizarse del 1 al 12 de julio de 2002.

La tarea de hacer realidad el Colegio de Abogados Penal Internacional fue asumida por la Asociación Internacional de Abogados Especializados en la Defensa Internacional - AIADP, cuya Presidenta Elise Groulx lideró el proceso, conjuntamente con algunos Estados¹², organizaciones no gubernamentales¹³, universidades¹⁴, colegios de abogados¹⁵ y oficinas de abogados.¹⁶

La AIADP se creó en 1997 por un pequeño grupo de abogados de Quebec, Canadá. La meta fue establecer una organización para apoyar en la defensa de los casos sometidos a los Tribunales ad-hoc de la ex Yugoslavia y Ruanda. En la actualidad, la AIADP agrupa a muchos abogados en ejercicio de diversas partes del mundo, vinculados con la justicia penal internacional, Colegios de Abogados, delegados gubernamentales, expertos académicos y educadores legales, provenientes de los continentes de América, Europa y África.

La Asociación tiene como objetivo asegurar una defensa altamente profesional para personas acusadas de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad quienes son juzgados por tribunales internacionales, tales como aquellos establecidos en La Haya y Arusha y la Corte Penal Internacional (CPI), para ello, tiene como funciones:

A. Organizar una completa, minuciosa y estructurada defensa con el ánimo de reforzar la legitimidad del proceso judicial establecido por la comunidad internacional para perseguir crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad;

B. Preparar y defender casos a ser juzgados por varios tribunales internacionales, en particular la Corte Penal Internacional Permanente (CPIP) establecida de conformidad con los propósitos de las Naciones Unidas;

C. Organizar el entrenamiento y la educación continua de abogados defensores ante los tribunales internacionales, con el ánimo de desarrollar el conocimiento del derecho penal internacional;

D. Ayudar a establecer un estándar ético uniforme para los abogados litigantes ante los tribunales internacionales;

E. Garantizar que los miembros de la Asociación encuentren los mas altos estándares profesionales;

F. Compartir con la Comunidad Internacional, la experiencia y conocimiento de un sistema de justicia controversial;

G. Fomentar la comunicación entre abogados especialistas en derecho penal internacional de todos los países del mundo;

H. Ayudar al desarrollo del derecho penal internacional y en particular de las instituciones internacionales tales como la Corte Penal Internacional.

¹² Francia, Países Bajos, el Consejo de Europa y la Comisión Europea.

¹³ Coalición de ONG para la Corte Penal Internacional (CICC).

¹⁴ Universidades holandesas.

¹⁵ Colegio de Abogados de los Países Bajos, de París, de Draughton, de Québec, a los que posteriormente se sumaron los Colegios de Abogados de México, la Federación de los Colegios Alemanes, el Colegio de Montreal, el Colegio de Senegal en representación de los Colegios africanos francófonos, la National Association of Criminal Defense Lawyers - NACDL y AsF- World.

¹⁶ Estudios de Abogados holandeses: Wladimiroff Waling Shreuders y Sjocrona Van Sigt De Roos & Pen

La AIADP como miembro de la Coalición de ONG's para la Corte Penal Internacional participó en 12 reuniones de la Naciones Unidas concernientes a la Corte Penal Internacional, durante el período comprendido entre 1997-2000, siendo reconocida como vocero autorizado de la defensa en la Coalición y ante las delegaciones gubernamentales participantes. Sus iniciativas lograron el apoyo de algunos Estados quienes lograron que durante la revisión de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, que finalizó en Junio del 2000, se consagrara oficialmente- por primera vez- el principio de la independencia de la defensa y la obligación de la Secretaría de respetar los "derechos de la defensa", que posibilita la creación de dos entidades: 1) Un órgano oficial de la defensa dentro de la Secretaría y 2) Un cuerpo externo representativo e independiente de la abogacía, con características similares a un colegio profesional.

Resulta indiscutible el rol que jugó la AIADP en llamar la atención de los Estados así como de la comunidad jurídica del mundo, sobre el tema de la defensa ante la CPI. La AIADP ha actuado como co-auspiciadora y principal coorganizadora de conferencias internacionales, sobre la independencia de la defensa, y coadyuvaron a poner de relieve los asuntos relacionados con la defensa, en el campo del Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Humanitario: La primera de estas conferencias se realizó en La Haya, Países Bajos los días 3 y 4 de noviembre de 2000 y fue organizada por la AIADP, distintas universidades holandesas, el Colegio de Abogados de los Países Bajos, el Colegio de París, el Colegio de Drauguignan, el Colegio de Québec y dos oficinas de abogados holandeses (Wladimiroff Waling Shreuders y Sjocrona Van Sigt De Roos & Pen.¹⁷ La conferencia reunió a diplomáticos, miembros de asociaciones y Colegios de Abogados, miembros del personal de Tribunal

Internacional para la ex.Yugoslavia y académicos, quienes llegaron al consenso de la necesidad de implementar una estructura de la defensa independiente para la justicia penal internacional, que garantizaría el libre ejercicio y la independencia de profesión de la abogacía.

Durante el año 2001, la AIADP continuó trabajando para hacer de la defensa un verdadero socio y un pilar del nuevo sistema de justicia internacional. Con ese fin, la AIADP organizó con el Colegio de Abogados de París y con la cooperación y apoyo del Ministerio de Justicia Francés y la Coalición de ONG para la Corte Penal Internacional (CICC), una conferencia en París el 6 y 7 de diciembre del 2001, con el objeto de reflexionar sobre la posibilidad de crear un Colegio de Abogados para la Corte Penal Internacional y alcanzar un acuerdo sobre la creación de una organización como esa, de acuerdo con la regla 20(3) de las Reglas de Procedimiento y prueba.

El proceso hacia la creación del tercer pilar para la justicia penal internacional, la defensa a través de la creación de un Colegio de Abogados Penalistas que ejerzan ante la Corte Penal Internacional, se inició en París, continuó en La Haya y se concretó en Montreal.

IV. 1. La Conferencia de París sobre la creación de la Corte Penal Internacional

Esta conferencia se llevó a cabo los días 6 y 7 de diciembre de 2001 y asistieron más de 300 participantes de más de 60 países y 110 Colegios de Abogados, representando una gran diversidad de sistemas legales.¹⁸

La Conferencia trató cuatro temas en cuatro talleres: el primero sobre la estructura y la organización del Colegio Internacional de

¹⁷ GROUXL, Elise. El Pilar - La Defensa. Hacer de la Defensa una parte permanente del Sistema Penal Internacional de Justicia. Texto de la Conferencia en Fort Worth, Texas, el 25 de Mayo, 2001.

¹⁸ COLEGIO DE ABOGADOS DE PARIS Y AIADP. Resumen. Informe de la Conferencia sobre la creación del Colegio de Abogados Penalistas. 6-7 de Diciembre de 2001. París.

abogados penalistas; el segundo sobre la asistencia legal; el tercero sobre el código de ética; y el cuarto sobre la capacitación de los miembros del futuro colegio de abogados.

En el primer taller, los participantes sostuvieron la necesidad que la estructura que se creara tuviera independencia y contara con una fuente de financiamiento estable, adecuada y compatible con sus necesidades. Quedó aclarado que la razón de la conferencia era "crear un colegio de abogados para regir la práctica de los abogados que ejerzan ante la Corte Penal Internacional y no un colegio de abogados defensores". De este modo estaría abierto no sólo a los abogados defensores, sino también a los abogados representantes de las víctimas. Hubo consenso respecto a la opinión de que los abogados que desearan ser miembros del Colegio de Abogados deberían además ser miembros de sus respectivos colegios nacionales. Sobre las funciones que debería desarrollar el futuro Colegio, se mencionó que debería comprender la disciplina, gestión y el procesamiento de las designaciones a la Corte, la asistencia legal y las relaciones entre sus miembros y la Corte Penal Internacional.

Respecto a la Asistencia Legal, los participantes opinaron que siete son los principios que debieran constituir las reglas fundamentales de la creación del sistema de asistencia legal para la Corte Penal:

1. Todo sospechoso o acusado, toda víctima o grupo de víctimas tiene el derecho a los servicios de asistencia legal, sea contratada por ella o él mismo, sea con abogado de oficio.

2. Los criterios y procedimientos para la asignación de asistencia legal serán enunciados en el reglamento de la Corte, que debería prever la intervención del órgano independiente que represente a los colegios y a los abogados.

3. La asistencia legal debe ser de calidad y debe poseer los recursos suficientes para garantizar la igualdad de armas¹⁹ con la oficina del Fiscal.

4. El sistema de asistencia legal debe establecer las reglas para la determinación de la carencia.

5. El abogado debe tener la seguridad de que se le respete plenamente su independencia profesional.

6. Toda parte que reciba beneficios de la asistencia legal tiene el derecho a la libertad de elección de su abogado; éste puede estar inscrito en la Lista del Secretario, o puede ser alguno que llena los requisitos previstos para la inscripción en esta lista.

7. La administración del sistema de asistencia legal debe ser independiente de cualquier otro órgano de la corte, y debe hacer énfasis en el secreto profesional y los privilegios correspondientes a la relación cliente-abogado.

En el seno del taller sobre el Código de Ética Profesional, se plantearon algunas preocupaciones como la posibilidad de conflictos potenciales entre un código de ética internacional y los códigos de ética nacionales, cuál prevalecería, cuál sería el órgano encargado de hacer respetar el código de ética internacional - ¿los colegios nacionales o el colegio de abogados penal internacional?-. En lo que si hubo consenso fue que no le correspondía ni al secretario de la Corte Penal Internacional, ni a los jueces hacer respetar el código de ética profesional internacional, y que alcanzaría tanto a los abogados defensores como a los representantes de las víctimas.

Un consenso general fue alcanzado en el seno del taller sobre la capacitación de los miembros del futuro colegio de abogados para que las personas acusadas de crímenes bajo

19 "Equity of arms".

la competencia de la Corte Penal Internacional tengan el derecho a procesos con equidad. Ello sería garantizado por abogados calificados para litigar ante tribunales penales internacionales. La calificación descansa en un buen conocimiento del derecho internacional, del derecho penal internacional y del derecho internacional humanitario. El Colegio de Abogados a crearse cumpliría en este aspecto un rol fundamental al ser accesible tal capacitación especializada.

En la sesión de clausura de la Conferencia, se adoptó una Resolución por aclamación en la que se acuerda

“... crear un Comité Preparatorio que represente las diferentes regiones geográficas y los principales sistemas jurídicos del mundo para preparar la creación de un colegio internacional de abogados penalistas ante la Corte Penal Internacional, cuya estructura será objeto de discusiones”.

A efecto de la discusión sobre la creación del Colegio de Abogados, la Conferencia de París acordó llevar a cabo una Asamblea de los interesados en este proyecto, llamada “Asamblea de Participantes”, que sería la responsable de la aprobación del proyecto de Constitución elaborado por un Comité Preparatorio, cuyas conclusiones serían discutidas en la Asamblea General de Participantes en Montreal del 13 al 15 de junio de 2002.

La Conferencia de París motivó la convocatoria del Colegio de Abogados de Madrid, España y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) a una reunión para la discusión del tema relativo a la abogacía ante el Tribunal Penal Internacional, que se llevó a cabo en Madrid el 22 y 23 de mayo de 2002. Participaron en la reunión, representantes del Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE), del Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), de la International Bar Association (IBA),

de la Union Internationale des Avocats (UIA), de la Federación de Colegios de Abogados de Europa (FCAE), de la Federación Interamericana de Abogados (FIA) y de la Asociación Internacional de Abogados Especializados en Defensa Penal (AIADP). Esta iniciativa, demostró que la reunión de París, había alcanzado unos de sus principales objetivos, involucrar a los colegios o asociaciones de abogados nacionales y asociaciones internacionales de colegios o asociaciones de abogados en el proceso de crear el tercer pilar de justicia penal internacional: la defensa, de la que había permanecido alejada.

La citada reunión resumió su posición respecto a la defensa ante la Corte Penal Internacional en la necesidad de garantizar una defensa independiente, cualificada y eficaz, coincidiendo en los criterios básicos ya aprobados en la Reunión de París, como veremos a continuación.

Respecto a la defensa independiente, se precisó que el concepto moderno de Justicia implica incorporar a todos los protagonistas profesionales, “operadores jurídicos”, que actúan en pro de esa justicia: los jueces, por supuesto, los fiscales y los abogados. Precisando que una abogacía independiente es obligación principal de los Colegios de Abogados, y comprende garantizar la idoneidad del abogado, de su designación y la exigencia disciplinaria de su deontología. Respecto a la elección del abogado, remarcó el derecho del acusado a designar y la obligación del sistema de justicia penal internacional de garantizar tal derecho.

Sobre el control deontológico, la reunión de Madrid concluyó en que ésta debe tener su sede en el marco colegial del propio abogado y no en la Corte Penal Internacional, ya que ello afectaría el principio de eficacia.

Otro aspecto analizado por la reunión de Madrid, se refirió a la defensa cualificada, que considera entraña una doble exigencia: la cualificación sobre la materia procesal-penal del derecho aplicable, resultado de una trayec-

toria o experiencia previa como el fruto de una continua formación teórica y práctica; y la adecuación lingüística, es decir, el dominio suficiente de la lengua del acusado y alguna de las lenguas de procedimiento y trabajo.

Finalmente, respecto a una defensa eficaz que se basa en el principio de la "igualdad de armas" entre acusación y defensa, se concluyó que el letrado debe poder contar con todo el aparato de defensa y apoyo que su caso requiera; con la garantía del "amparo institucional" de su propia organización profesional, sistema que deberá articularse en el marco de esta instancia internacional; con el reconocimiento de su aptitud para la defensa, lo que entraña, la precalificación de su idoneidad por el colegio u organización supranacional vinculado a su origen y luego el control deontológico por parte de la estructura colegial y no de instancias vinculadas al tribunal. El principio de igualdad de armas solo se salvaguardará adecuadamente con la garantía de que el tribunal contará con medios retributivos para compensar al abogado elegido libremente o al que fuere designado ex officio, si el justiciable no lo hiciera.

IV. 2. La Reunión de La Haya

El Comité Preparatorio se llevó a cabo en La Haya, el 28 y 29 de mayo de 2002 y estuvieron presentes representantes de las distintas regiones geográficas así como de los sistemas legales del mundo. Estuvieron presentes los Colegios de Abogados, asociaciones legales independientes, organizaciones no gubernamentales y abogados independientes del África (Egipto, Benin, Senegal, Sudáfrica), Europa (Países bajos, Bélgica, Francia, Italia, Polonia, España, Alemania, Reino Unido, Asia (Japón), Medio Oriente (Israel), Norteamérica (Canadá y Estados Unidos) y de América del Sur (Perú); así como abogados que ejercen ante los

tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda. Todos los participantes estuvieron de acuerdo en la conveniencia de la creación de un Colegio de Abogados Penal Internacional (CAPI), y sobre la necesidad de su independencia. Se discutió sobre las funciones, membresía, gobernabilidad y finanzas, alcanzándose un "amplio punto de vista."²⁰

Sobre sus funciones el amplio punto de vista se refirió a que el CAPI debería estar involucrado activamente en todos los asuntos éticos de los abogados, incluyendo el proceso disciplinario; en los asuntos de capacitación de abogados defensores y de víctimas; en el desarrollo y administración del sistema de asistencia legal y de lista de abogados que pueden ser designados por la CPI; en la interpretación del Estatuto de la CPI y el proceso de desarrollo y enmienda de las normas complementarias, v.g. reglas de procedimiento y prueba y de los elementos del crimen, entre otros. Asimismo, hubo un amplio punto de vista en el sentido que la CAPI debería tener poder para intervenir en asuntos financieros que involucren controversias sobre honorarios.

Respecto a la membresía, el amplio punto de vista estuvo vinculada a la inscripción voluntaria de miembros individuales e institucionales -miembros colectivos y miembros asociados-, cumpliendo en el primer caso con el requisito de ser un abogado en ejercicio calificado. No se llegó a un acuerdo respecto de la ubicación de las asociaciones legales independientes organizadas a escala internacional, regional, nacional o especializada.

El amplio punto de vista respecto al tema de la Gobernabilidad, se refirió a la necesidad de la existencia de una Secretaria de la CAPI en la misma ciudad de sede de la CPI²¹, es decir en la Haya; así como a la estructura orgánica del CAPI: un Consejo y una Asamblea. El

20 GALLANT, K., BUISMAN, C. y POWLESS, S. Reunión de la Haya, 28-29 de Mayo de 2002 sobre los Preparativos para un Colegio de Abogados Penal Internacional para la Corte Penal Internacional. Memorandum de 5 de junio de 2002.

21 Es decir, la Secretaria de la CAPI funcionaría en el mismo lugar de sede de la Corte, es decir La Haya, pero no en el seno de la Corte como parte de su estructura orgánica.

Consejo tendría miembros plenos y miembros consultivos; y en él estarían representados tanto los miembros individuales e institucionales, los sistemas legales y las regiones geográficas. La Asamblea tendría poder de decisión sobre la marcha institucional y la elección de los miembros del Consejo. Solo para este caso, los miembros asociados tendrían derecho de voto para la elección de los miembros consultivos.

Finalmente, respecto a las finanzas, hubo un amplio punto de vista que los miembros del Colegio cualquiera sea su naturaleza, deberían pagar cuotas, sin perjuicio de buscar fuentes de financiamiento, siempre y cuando se respete la integridad e independencia del Colegio. Todos estos temas serían analizados por la Asamblea de Participantes en Montreal.

IV. 3. Asamblea de Participantes de Montreal

Del 13 al 15 de Junio de 2002, se llevó a cabo la Conferencia de Montreal, marco de la Asamblea de Participantes para la creación del Colegio de Abogados para la Corte Penal Internacional, siendo organizada por la AIADP, el Colegio de Abogados de los Países Bajos, el Colegio de Quebec, el Colegio de México, La Federación de los Colegios Alemanes, el Colegio de Montreal, el Colegio de Senegal en representación de los Colegios africanos francófonos, la National Association of Criminal Defense Lawyers - NACDL y AsF- World, con el apoyo del señor Walter Schwimmer, Secretario General del Consejo de Europa y de la CICC; y, con el apoyo financiero de la Comisión Europea.

La Conferencia de Montreal fue abierta a toda persona interesada en la Corte Penal Internacional y el Colegio de Abogados Penal Internacional - CAPI, sea abogado, profesor de derecho, jurista u otro, con el fin de debatirla puesta en marcha del CAPI y, contó con la participación de más de 350 personas de cuarenta ocho estados de todos los continentes, incluyendo representantes de sesenta ocho Co-

legios de Abogados y asociaciones de la defensa internacional, regional y nacional, abogados del ejercicio legal individual, representantes de organizaciones no gubernamentales.

En La Conferencia de Montreal se plantearon las siguientes preguntas:

- I. ¿Cuáles serán las funciones, el mandato, los poderes o las tareas del Colegio de Abogados penal Internacional - CAPI?
- II. ¿Quiénes van a ser los miembros del CAPI?
- III. ¿Cómo se va a gobernar la CAPI?
- IV. ¿Cómo se va a financiar el CAPI?

El proyecto de Carta Constitutiva adoptado por la Asamblea de Participantes en la Conferencia de Montreal contiene normas que regulan el objeto, fines, membresía, órganos de gobiernos entre otros del futuro CAPI.

El proyecto fija la sede del CAPI en La Haya (artículo 2 del proyecto), y su actuación se basará en los siguientes principios (artículo 3 del proyecto):

1. La promoción y la defensa de los abogados defensores de los inculpados y de los representantes de las víctimas ante la CPI.
2. Promover el principio de la libre elección de los abogados defensores.
3. Facilitar el trabajo de la defensa ante la CPI.
4. Promover la comunicación efectiva entre los órganos de la Corte y los abogados de la defensa.
5. Promover la adquisición de conocimiento y calificación para el ejercicio ante la CPI.
6. Participar en la regulación del ejercicio profesional ante la CPI.
7. Reflejar la diversidad de los sistemas jurídicos y las áreas geográficas del mundo.
8. Promover el principio de complementariedad en relación a las funciones, derechos y deberes frente a los colegios o asociaciones de abogados nacionales, regionales e internacionales.

Respecto, a sus objetivos, funciones y competencias, el CAPI, debe promover (artículo 4 del proyecto):

1. La Ética del ejercicio de la defensa y los procesos disciplinarios.
2. Capacitación profesional.
3. La administración y desarrollo del sistema de asistencia legal de la Corte.
4. La administración de la lista de abogados elegibles por la Corte, el desarrollo del proceso de enmiendas de las Reglas de Procedimiento y Prueba, de los Elementos del Crimen y otros instrumentos relevantes de la Corte.
5. La solución de controversias relativas a la conducta profesional de los abogados y su honorarios.
6. Otras materias relativas a la independencia y efectividad de la defensa ante la Corte o de los Principios del Colegios de Abogados Penal Internacional.

Se establece que la membresía en el CAPI es voluntaria; que un individuo que califique para ejercer ante la Corte puede ser admitido como miembro individual. También podrán ser admitidos como miembros colectivos-colegios de abogados nacionales o asociaciones legales, o asociaciones independientes de la defensa; así como cualquier otra asociación vinculada al trabajo de la Corte el que será acreditado como miembro asociado. Entre estos últimos están las organizaciones no gubernamentales, que jugaron un rol fundamental en la construcción de la justicia penal internacional, especialmente las reunidas en la Coalición de ONG's para la Corte Penal Internacional - CCPI. Las condiciones de admisión o acreditación como miembro o miembro asociado debe ser determinado por el Consejo (artículo 5 del proyecto).

Sobre el gobierno del CAPI, el proyecto de su estatuto constitutivo señala que estará a cargo de una Asamblea General, un Consejo y un Comité Ejecutivo (artículos 6 al 12 de proyecto).

La Asamblea General está conformada por todos los miembros del CAPI, y tendrá todos los poderes y funciones del CAPI que no hayan sido conferidas al Comité Ejecutivo. La Asamblea General se reunirá al menos una vez al año dentro de los primeros seis meses del año. En su sesión anual, la Asamblea debe considerar: el informe anual y el informe financiero anual, acompañado por un informe del Comité Ejecutivo: elección de los miembros del Consejo y del Comité Ejecutivo; convocar al Comité Auditor, Disciplinario u otros comités tal como sean constituidos (Artículo 6 del proyecto). Las reuniones de la Asamblea serán presididas por el Presidente, y en su ausencia por el Vicepresidente (artículo 7 del proyecto). Todos los miembros individuales y colectivos tienen derecho a voz y voto, los miembros asociados están autorizados a participar en el debate sin derecho a voto, excepto en el caso de la elección del Consejo (Artículo 8 del proyecto). Otra función de la Asamblea General es el adoptar las normas y procedimiento relativo a la ética y disciplina, pudiendo el Consejo constituir un Comité Disciplinario.

El proyecto también contiene normas sobre la disolución del CAPI, la que será decidido por la Asamblea General (artículo 15 del proyecto).

El Consejo estará conformado tanto por miembros individuales como colectivos, sobre la base de la representación geográfica, o del sistema legal, pero no de ambos. No menos de dos terceras partes de los miembros del Consejo serán miembros colectivos (artículo 9 del proyecto). Serán elegidos por un periodo de tres (3) años, y se reunirá al menos dos veces al año por su propia iniciativa o en su defecto del Comité Ejecutivo. El Consejo determinará el procedimiento para sus sesiones. Entre sus competencias está el de elegir a los miembros del Comité Ejecutivo. Los miembros asociados del Consejo pueden participar con voz en las discusiones, pero sin voto (Artículo 10 del proyecto).

El Comité Ejecutivo está compuesto de cinco personas: compuesto por un Presidente, un

Diputado Presidente, un Vicepresidente, un secretario y un tesorero, que serán elegidos por el término de un año (Artículo 12 del proyecto). El quórum será de al menos tres miembros. Sus decisiones serán adoptadas por la mayoría de los miembros presentes; asimismo determinará su propio procedimiento para sus sesiones, Está encargado de la administración del CAPI. El Comité Ejecutivo está autorizado para delegar sus funciones a comités especiales cuando sea necesario (Artículo 11 del proyecto).

Respecto al financiamiento del CAPI, el artículo 13 del proyecto, no establece su origen.

En la Resolución Final de la Conferencia de Montreal de 15 de junio de 2002, se creó el Colegio de Abogados Penal Internacional. Los participantes, reconocieron la necesidad de un órgano independiente verdaderamente internacional que represente a la defensa ante la Corte Penal Internacional como un tercer pilar de ella misma. En su numeral 3, la Resolución crea un Comité de Gestión como el autorizado por esta conferencia preparará un texto final para la Constitución del Colegio de Abogados Penal para su Adopción y asegura su conformidad con la ley de los Países bajos, como Estado anfitrión del Colegio de Abogados Penal Internacional. Asimismo, elaborará el primer presupuesto del Colegio de Abogados Penal Internacional y prepara la primera reunión de la Asamblea General; y considerará un proyecto de Código de Conducta para su adopción por la Asamblea del General y su sometimiento a la Corte Penal Internacional.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El proceso histórico de construcción del tercer pilar de la justicia penal internacional ha concluido y es hoy una realidad. El Colegio de Abogados Penal Internacional creado por unanimidad por los participantes en la Conferencia de Montreal, institucionaliza la defensa de los inculcados y la representación de las víctimas ante la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto

constitutivo entra en vigencia a partir del 1° de julio de 2002. Se espera que la Corte inicie sus funciones en el año 2003.

El objetivo principal del Colegio de Abogados Penal Internacional es el supervisar el ejercicio de la abogacía ante la Corte Penal Internacional, y de esta manera garantizar a los inculcados y a las víctimas una representación profesional independiente, calificada y eficaz. No busca distorsionar la justicia ni trata de lograr la impunidad. El imperio de la ley supone algo más que alcanzar altos porcentajes de arrestos y condenas, también depende de los procedimientos empleados para efectuar arrestos, investigar conducir juzgamientos, que se traducen en un juicio justo. Ello, sólo será posible si quienes intervienen en un proceso como inculcados o víctimas tienen la oportunidad de una defensa integral, justa y enérgica. El mandato del abogado, cualquiera que sea el papel que desempeñe, es un mandato para actuar a favor de sus representados, y de presentar su caso lo más efectivamente posible dentro de los límites de la ley, sólo así será posible alcanzar justicia para todos. ♦

m a t e r i a l e s p a r a e l c a m b i o



EL SERVICIO PÚBLICO DE DEFENSA PENAL DE GUATEMALA Y EL PAPEL DE MINUGUA*

ANTONIO MALDONADO

Abogado peruano. Fue miembro y Coordinador del Proyecto de MINUGUA para el fortalecimiento del servicio público de defensa penal de Guatemala, entre el 1 de septiembre de 1995 y el 15 de mayo de 1999.

I. Introducción

El Servicio Público de Defensa Penal de Guatemala nació al promulgarse el nuevo Código Procesal Penal, vigente desde julio de 1994¹. En la etapa que alcanza hasta el año 2000, los cambios institucionales más importantes producidos en la defensa pública se han debido principalmente a los Acuerdos de Paz² y al proyecto de fortalecimiento institucional³ implementado por una misión de paz de las Naciones Unidas: MINUGUA.

Sin embargo, y no obstante los importantísimos avances producidos en este sentido desde 1994, queda mucho camino por recorrer en orden a la mayor eficiencia de la prestación del servicio.

Como lo demuestra un estudio publicado por MINUGUA⁴, uno de los principales problemas que enfrenta el fortalecimiento de las instituciones de justicia en Guatemala, no reside en la falta de recursos financieros, sino en la falta de voluntad política de sus autoridades y en

menor medida, en la composición no siempre idónea, en términos profesionales, de muchos de sus integrantes de las diversas instituciones de la administración de justicia.

Para tener una comprensión integral de este tema, no nos limitaremos a revisar la experiencia en la defensa pública sino que extenderemos nuestra reflexión a la forma cómo se implementó el referido proyecto de fortalecimiento institucional. Este último aspecto viene a realizar un juicio sobre la consistencia de las decisiones político-institucionales de la Misión y su capacidad para implementar este tipo de proyectos.

Por tanto, este artículo trata de dos aspectos: 1) los avances y retos pendientes en la defensa pública de Guatemala 2) la capacidad de una misión de mantenimiento de paz de las Naciones Unidas, MINUGUA, para implementar un proyecto de fortalecimiento institucional y de encontrar un balance adecuado entre los dos componentes de su mandato, esto es de verificación versus fortalecimiento.

* Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala.

1 El nuevo Código Procesal Penal de Guatemala fue creado por los juristas Julio Maier y Alberto Binder. La defensa pública, con anterioridad al mencionado Código, era muy limitada y deficiente. Carecía de los estándares requeridos para ser calificada de técnica y de eficiente.

2 Los Acuerdos de Paz fueron suscritos por el Estado de Guatemala y la Unión Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). La Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala tuvo a cargo su observación y vigilancia. Antes de la firma de los Acuerdos de Paz, se denominaba Misión de Verificación de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA).

3 Esta afirmación no desconoce los importantes aportes realizados por la comunidad internacional entre 1994 y 1999. Principalmente el aporte de España, a través del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo de Guatemala (PNUD), consistente en aproximadamente un millón y medio de dólares, que fueron destinados principalmente a la compra de vehículos, computadoras, material para las oficinas y algunas actividades de capacitación. Con parte de dichos fondos, la Defensa Pública adquirió cinco vehículos, tres de los cuales eran camionetas de gran lujo, que además de ser bastante caras, eran totalmente inservibles para la satisfacción de las necesidades más urgentes y apremiantes de los defensores públicos, como por ejemplo, la visita carcelaria que debían realizar tanto en la capital, como en los departamentos del interior del país. Otros aportes fueron realizados por los gobiernos de Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Holanda y Dinamarca.

4 *Funcionamiento del Sistema de Justicia en Guatemala, un análisis de comportamientos institucionales*, Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA), 1ª ed., marzo de 2000.

II. MINUGUA y su mandato de fortalecer y verificar en el proceso de paz de Guatemala

Guatemala puso fin a uno de los conflictos armados más antiguos en el continente, en diciembre de 1996. Los Acuerdos de Paz fueron los instrumentos formales que contuvieron los compromisos asumidos por el Estado de Guatemala para la firma de la paz.

De acuerdo con su mandato, MINUGUA asumió la tarea de "Verificar" y de "Fortalecer". Ello quedó así establecido en el "Acuerdo Global sobre Derechos Humanos", en cuya virtud la Misión asumió la tarea de fortalecer las instancias de protección a los derechos humanos y a la vez de *verificar* el respeto de los derechos humanos, principalmente por parte del Estado.

Este compromiso mas bien general y que en el fondo, sólo ratificaba los adquiridos al momento de suscribir y ratificar los instrumentos de derechos humanos de los cuales Guatemala es Parte, principalmente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue posteriormente detallado mediante el denominado "Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática".

Es precisamente, bajo este último Acuerdo que el Estado de Guatemala adquirió el compromiso de conformar el Servicio Público de Defensa Penal como *"un ente con autonomía funcional e independiente de los tres Organismos del Estado, que tenga la misma jerarquía en el proceso que el Ministerio Público y que alcance efectiva cobertura nacional"*⁵.

Sin embargo, antes de que se firmara el Acuerdo prenombrado, MINUGUA ya venía trabajando en un proyecto para fortalecer dicho servicio.

El 1 de septiembre de 1995, empezó a ejecutarse el proyecto de MINUGUA para el fortalecimiento de la defensa pública de Guatemala. Este fue articulado en virtud de un convenio celebrado entre la Corte Suprema de la República y la Unidad Conjunta MINUGUA/PNUD⁶, una entidad creada para coordinar los proyectos de cooperación internacional con la contraparte nacional.

El proyecto asumió las siguientes tareas: diseñar un anteproyecto de ley dirigido a establecer una regulación normativa que posibilitara conformar una defensa pública que cumpliera con los compromisos adquiridos por el Estado de Guatemala en los Acuerdos de Paz; brindar un sistema de entrenamiento directo al defensor público, asesorándolo en los casos concretos patrocinados por éste; diseñar un sistema de capacitación para la defensa pública; asesorar en el fortalecimiento y desarrollo institucional; organizar un sistema para tornar permanente las visitas a las cárceles por parte de los defensores públicos, y hacer una propuesta de difusión de las funciones de la defensa pública.

MINUGUA organizó un equipo de tres consultores internacionales pertenecientes a diferentes nacionalidades: Argentina, Perú y Estados Unidos. Posteriormente, fueron incorporados otros dos consultores, de Honduras y Costa Rica.

Este proyecto fue calificado, tanto en su diseño como en su ejecución, como uno de los mejores proyectos de MINUGUA, sin embargo, esta calificación no se correspondió totalmente con una práctica institucional de apoyo dentro de la Misión. Así, entre otros proyectos de la Misión para el área justicia, mal estructurados, o conducidos con inconsistencia, el de la defensa pública, que era considerado el más serio y con mayores avances, fue el primero en darse por

5 Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática.

6 PNUD: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, oficina de Guatemala.

concluido por la propia Misión. Aunque justo es admitir, que también concurrieron para esa resolución, problemas externos al proyecto derivados de otros conflictos, tales como la disputa sobre la ejecución del proyecto indígena de MINUGUA -financiado por la Agencia para el Desarrollo Internacional (AID) y el gobierno de los Estados Unidos de América-, con la Jefatura de la Misión y la Jefatura del Área Indígena que deseaban clausurarlo sin que existiera una razón valedera, sino complacer al Gobierno guatemalteco que se sentía bastante “incómodo” con su ejecución.

Como consecuencia indirecta de dicho conflicto, el proyecto de MINUGUA en la defensa pública, que era apoyado financieramente por la misma agencia de cooperación y el mismo gobierno, tuvo que pagar los costos de ese enfrentamiento. Ciertamente, era claro que en definitiva, la Misión carecía de la comprensión suficiente acerca del impacto que el proyecto en la defensa pública tenía en el ámbito de la administración de justicia⁷.

III. Situación en la que MINUGUA encontró la defensa pública en Guatemala en 1995

Hasta julio de 1994, la Defensa Pública de Guatemala estuvo principalmente a cargo de estudiantes de los Bufetes Populares, cuyo número y calidad eran bastante reducidos. La presunción de inocencia no existía en el modelo procesal de corte inquisitivo derogado y su sistema probatorio violaba las garantías procesales de los sindicatos.

El abogado defensor era definido por el Código derogado como un “auxiliar de la justicia” y carecía de las características de autonomía e imparcialidad que informan los estándares contenidos en los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos suscritos y ratificados por Guatemala, y en diversos principios de las Naciones Unidas aplicables a los abogados en general⁸.

MINUGUA encontró clamorosos casos en los que se había condenado a personas, bajo el antiguo código procesal, en franca violación de sus garantías constitucionales y de sus derechos humanos protegidos por los tratados y convenciones internacionales de los cuales Guatemala es Parte.

Con el nuevo código procesal penal, de neto corte acusatorio, se establecieron una serie de garantías en favor del imputado, y como ha sido mencionado, nació el servicio público de defensa penal.

Sin embargo, en los primeros tiempos, el Servicio Público de Defensa Penal quedó regulado como un servicio administrado por la Corte Suprema de Justicia. Aunque el nuevo código no establecía que dependiera de la Corte Suprema, un decreto estableció que ésta sería la encargada de garantizar la eficiencia del servicio delegándosele la facultad de reglamentar su funcionamiento, organización y administración. Así, la organización interna del Servicio fue regulada por el Acuerdo 12-94, emitido por la Corte Suprema de Justicia, que indicó que el Servicio dependía directamente de la citada Corte.

⁷ El Informe Final de la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, en su Informe y Recomendaciones sobre la ley del Servicio Público de Defensa Penal, sostiene que: “la insuficiencia en la asistencia jurídica que brinda el Estado de Guatemala a aquellos que no pueden pagarla constituye un grave obstáculo de la población para el acceso al sistema de justicia” (*Una Nueva Justicia para la Paz*, en *Informe Final*, cit., p. 200).

⁸ Por ejemplo, los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, creados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 y adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante sus Resoluciones 45/121 del 14 de diciembre de 1990 y 45/166 del 18 de diciembre de 1990. Otros instrumentos relevantes han sido promovidos por las asociaciones y federaciones internacionales de abogados, tales como La Carta Internacional de los Derechos de Defensa, por la Unión Internacional de Abogados; el Acuerdo Internacional de Salvaguardia de los Derechos de la Defensa, por el Colegio de Abogados en el Tribunal de París. Finalmente, el Proyecto de Principios sobre la Independencia de la Abogacía, conocidos como los Principios de Noto, por la Comisión Internacional de Juristas.

El referido Acuerdo impuso una dependencia directa del Máximo Tribunal y una organización mínima consistente en una Dirección General apoyada por una Subdirección Administrativa y una Subdirección Técnica, una Secretaría General, y una Oficina de Asignaciones. Introdujo el "Gabinete Jurídico", concebido como un apoyo a la planificación en la prestación del servicio y de los programas de capacitación.

Pero uno de los aspectos que merece destacarse dentro de este Acuerdo 12-94, fue la creación del "defensor público de planta", el abogado contratado por la Corte Suprema para laborar a tiempo completo prestando servicios como defensor público. Esta figura armoniza con la idea de que la defensa de los imputados se encuentra también apoyada por la intervención de abogados particulares, dentro del concepto de que todo abogado colegiado pertenece al servicio.

Lo cierto fue que ante la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, se necesitó de una estructura de abogados que se dedicaran a tiempo completo para cuando la defensa pública fuera llamada a intervenir. Hasta ese momento, las previsiones que establecía el código, referidas a la provisión de abogados en ejercicio libre de la profesión, no fueron suficientes para brindar respuesta a las necesidades planteadas.

El código originariamente había establecido un orden de prelación para las asignaciones, regulando la forma en que se debía prestar el servicio de defensa pública. De acuerdo con ello, los primeros llamados a prestar el servicio debían ser los abogados que integren la denominada "*lista de voluntarios*", cuya conformación correspondía hacer al Colegio de Abogados y la comunicación de la misma a la Corte Suprema de Justicia. La segunda forma de intervención era a través de la "lista del padrón del Colegio de

Abogados", que debía ser remitida a la Corte Suprema de Justicia, la que a su vez debía notificarla a la Dirección General. Paralelamente a estos dos sistemas, el código procesal penal contemplaba la contratación de abogados por una remuneración fija escogidos de la lista que el Colegio proporcionaría anualmente. También se establecía la posibilidad de que el Servicio celebrase convenios con asociaciones de abogados, con abogados particulares o con los bufetes populares de las universidades. Pero el Colegio de Abogados y la Corte Suprema de Justicia, no llegaron nunca a entablar nexos en este aspecto.

Al iniciarse entonces el nuevo sistema previsto, Guatemala contaba con menos de ocho defensores públicos (de planta) para todo el país, los cuales no tenían mayores conocimientos del código procesal implementado, y menos aún capacitación y entrenamiento en el juicio oral, una de las mayores diferencias en cuanto al código procesal derogado.

La capacitación que tuvieron estos nuevos defensores públicos, duró una semana, y se realizó a través de un programa auspiciado por el Instituto Latinoamericano de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Posteriormente vendrían otros programas de capacitación administrados por la Agencia para el Desarrollo (AID), los que implementaron actividades de capacitación basadas en el sistema del juicio oral norteamericano.

Hacia agosto de 1995, esto es un poco más de un año desde su creación como nueva institución del nuevo código procesal penal, el Servicio Público de Defensa Penal de Guatemala ocupaba el séptimo piso de la "*Torre de Tribunales*", un conjunto inmobiliario en el que se ubicaban las oficinas del Organismo Judicial de Guatemala⁹.

⁹ En 64 metros cuadrados, y en medio de grandes limitaciones de infraestructura, sin vehículos propios, y con personal expulsado de otras dependencias del Organismo Judicial, que al no poder ser destituido, fue enviado de "*castigo*"; el Servicio Público de Defensa Penal desarrollaba su trabajo a duras penas.

Posteriormente, los defensores públicos *de la capital* aumentaron a ocho, a los que se sumaban dos que cumplían un “servicio de turno”, de viernes a domingo en el Centro Preventivo de la Zona 18, el lugar donde se encuentran los detenidos por la Policía Nacional. Además, habían otros defensores públicos, no más de quince, ubicados en departamentos del interior de Guatemala, aunque no en la mayor parte de ellos¹⁰.

Los defensores públicos no estaban ejercitados en diversas instituciones del nuevo código procesal, principalmente en las medidas “desjudicializadoras”, la conversión, la mediación, la suspensión condicional de la pena y el procedimiento abreviado. Además no utilizaban todo el plexo de normas internacionales para la protección de las garantías procesales de los imputados, ni la dinámica del juicio oral, las impugnaciones -principalmente la apelación especial-.

Claro que muchas de las “limitaciones” de los defensores públicos para recurrir a normas protectoras de los derechos de sus patrocinados, era consecuencia de la incomprensión del sistema de justicia de Guatemala en su conjunto, para aplicar el Art. 46 de la Constitución guatemalteca vigente, que establece un marco normativo internacional que permite desarrollar e implementar un estándar más elevado de protección de los derechos humanos.

Así, la prenombrada norma, establece *el principio de Preminencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, contenido en los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Guatemala sobre el derecho interno.

Constituye un instrumento jurídico muy eficaz para ser usado por jueces, fiscales y abo-

gados. Particularmente, estos últimos pueden utilizarlo para realizar defensas más eficaces. Los defensores públicos pueden invocar como derecho interno, las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, principalmente las relativas a garantías judiciales y protección judicial.

De esta forma, la Constitución de Guatemala de 1985, establece un plexo normativo totalmente novedoso en lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Interno.

En suma, los nuevos defensores públicos tienen instrumentos jurídicos que los habilita para hacer una defensa eficaz de sus patrocinados. Y justo es decir que no obstante las dificultades iniciales -y dejando a salvo, como siempre, excepciones- fueron los defensores públicos los primeros que en Guatemala lograron importantes cambios jurisprudenciales referidos a la protección de las garantías constitucionales.

IV. El Anteproyecto de ley del Servicio Público de Defensa Penal: la ruta escabrosa de la aprobación de la ley de la defensa pública, sus recortes políticos y los obstáculos

Uno de los aportes más importantes del Proyecto de MINUGUA fue sin duda alguna, el Anteproyecto de Ley del Servicio Público de Defensa Penal de Guatemala. Ello no obstante a que su diseño y puesta en marcha no era originariamente elemento integrante de los acuerdos reseñados. Pero los consultores internacionales fueron los promotores de esta iniciativa fundamental para el “despegue” definitivo de la Institución, y contaron para ello con el apoyo y

¹⁰ Por ejemplo, no existían defensores públicos en las zonas de mayor presencia indígena o en los más grandes departamentos del país. Por ejemplo, en el Petén un departamento del norte de la República, y casi totalmente aislado de la capital, no habían ni jueces ni fiscales. En realidad, no existía presencia de las instituciones del sistema de justicia, en muchos departamentos. Los sindicatos debían ser llevados a la capital para ser juzgados, no obstante que los crímenes se habían cometido en departamentos del interior del país.

colaboración de todos los integrantes del Servicio Público de Defensa Penal.

Dicho Anteproyecto creó el Instituto de la Defensa Pública Penal, organismo administrador del servicio público de defensa penal, con autonomía funcional y total independencia técnica para el cumplimiento de su función.

Se estableció que el Instituto de la Defensa Pública Penal, como autoridad de aplicación de la ley, asegurara la eficacia en la prestación del servicio público de defensa penal y contara con los recursos e insumos necesarios como responsable directo de la provisión del mismo.

Sus funciones fueron definidas en la siguiente forma:

"1) Intervenir en la representación de las personas sometidas a proceso penal, a partir de cualquier indicación que las señale como posibles autores de un hecho punible o de participar en él, incluso, ante las autoridades de la persecución penal, en todos los casos en que la persona no tuviere o, procediendo, no nombrara defensor de confianza, o cuando sea necesaria su asistencia para los actos de anticipo de prueba o que requieran la presencia de un defensor conforme a ley.

2) Asistir a cualquier persona que solicite asesoría jurídica, cuando ésta considere que pudiera estar sindicada en un procedimiento penal".

Se definió que el servicio público de defensa penal es gratuito para quienes carecieran de recursos económicos para contratar un abogado particular.

En cuanto a su alcance, se estableció que el servicio público de defensa penal cubre casos de adultos y menores, por delitos ó faltas, y toda materia que sea traída o tenga su inicio en el procedimiento penal. Así mismo, que en tanto el caso no sea asignado a un defensor de confianza, el defensor público deberá intervenir en todo el curso del proceso, ante la jurisdicción nacional e *internacional*¹¹.

El Anteproyecto dejó a cargo de los Jueces, el Ministerio Público, la policía y demás autoridades encargadas de la custodia de detenidos, solicitar un defensor público al Instituto de la Defensa Pública Penal cuando el imputado no tuviere defensor de confianza. Y cuando el imputado estuviere privado de su libertad, además de los nombrados, cualquier persona podrá realizar la solicitud. Se determinó que el Instituto podrá intervenir de oficio en las situaciones señaladas en los párrafos anteriores.

Estableció que a efecto de cumplir con las funciones encomendadas, entenderán en los casos del servicio público de defensa penal, como defensores públicos:

"1) Los abogados de planta del Instituto de la Defensa Pública Penal, sobre quienes recaerá, preferentemente, la atención prioritaria del servicio público de defensa penal;

2) Los abogados que ejerzan privadamente, y que se incorporen al Instituto de acuerdo a las previsiones de la presente ley;

3) Los abogados integrantes de organizaciones vinculadas a los intereses del servicio público de defensa penal, de acuerdo a las previsiones de la presente ley;

4) Los abogados matriculados activos, sólo en los casos y condiciones que señala la presente ley".

¹¹ Se consideró que la ley de la defensa pública de Guatemala, debía posibilitar a los defensores públicos, en virtud del alcance protector de su derecho interno, el cual integra las normas de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado de Guatemala al mismo, la facultad de litigar en casos de presunta violación de derechos humanos de sus patrocinados ante los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, tanto universales como regionales. Por primera vez en la historia de Guatemala y en la historia de las defensas públicas del continente, los defensores públicos de Guatemala presentaron dos peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por la presunta violación de la Convención Americana en agravio de dos condenados a la pena de muerte. A juicio de este autor, es un acontecimiento que no tiene precedentes en la historia de las instituciones de defensa pública de América.

La asignación de casos quedó a cargo de la Dirección General del Instituto, la que establecería los criterios para la asignación y distribución de casos y carga de trabajo, de acuerdo a los términos de la presente ley, el reglamento que al efecto se dicte y las necesidades del servicio público de defensa penal.

La organización del Instituto de la Defensa Pública Penal quedó integrada de la siguiente forma:

- 1) La Dirección General;
- 2) El Consejo;
- 3) Los Defensores Públicos.

Se determinó que la Dirección General fuera ejercida por un Director General, representante legal del Instituto de la Defensa Pública Penal, que dura cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelecto por períodos iguales.

El Director General es elegido por el pleno del Congreso de la República, de una terna propuesta por el Consejo. En caso de muerte, renuncia o vacancia del cargo, se procederá de igual forma.

El Anteproyecto estableció la posibilidad de que el Director General pudiera ejercer la asistencia y representación en casos, quedando a su criterio esa decisión.

El Pleno del Congreso de la República podría remover al Director General, por grave incumplimiento de sus funciones.

Se establecieron unidades de apoyo técnico y administrativo. Se estableció una Unidad de Capacitación, una Unidad de Investigación y Peritaje, una Unidad de Traductores y una Unidad de Apoyo Administrativo y Financiero.

Se contempló la creación de Secciones de división territorial, integradas por Secciones departamentales, estableciéndose una sección departamental del Instituto de la Defensa Pública Penal en cada uno de los departamentos del país.

La función de las Secciones Regionales es la coordinación del trabajo de las secciones departamentales que corresponden a una región, el establecimiento de nexos de colaboración entre las mismas y cualquier otra función que le asigne la Dirección General para el mejor funcionamiento del servicio público de defensa penal.

El Anteproyecto definió la composición del Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal, de la siguiente forma:

- “1) Un integrante de la Junta Directiva del Colegio de Abogados;
- 2) El Presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados;
- 3) El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos;
- 4) Un representante elegido entre los Decanos de las Facultades de Derecho de las otras Universidades;
- 5) Un representante de las Organizaciones Indígenas;
- 6) Un representante de las organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos, o con objetivos vinculados al servicio público de defensa penal;
- 7) El Director del Instituto de la Defensa Pública Penal, quien tendrá voz pero no voto;
- 8) Un defensor público de la planta del Instituto de la Defensa Pública Penal, quien será elegido en Asamblea de Defensores, y durará un año en sus funciones”.

Entre las más importantes funciones propuestas para el Consejo destacan las siguientes:

- “Promover un compromiso amplio del Estado y de la sociedad de Guatemala en relación a la efectiva vigencia del derecho de defensa;
- Realizar propuestas de reformas para el mejoramiento del servicio público de defensa penal;
- Aprobar los planes de ingreso de defensores públicos de planta al Instituto de la Defensa Pública Penal propuesto por el Director General;

Decidir la remoción de los defensores públicos de planta, a solicitud del Director General; Dirigir al Congreso de la República la propuesta en terna para la elección del Director General, y el pedido de remoción del mismo por grave incumplimiento de su función”.

El capítulo correspondiente a los derechos y deberes de los defensores públicos fue uno de los aportes más interesantes del Anteproyecto. Algunos de los criterios establecidos fueron:

“Independencia técnica. Para el ejercicio de su cargo, el defensor público goza de completa libertad, sin ninguna clase de restricción, influencia o presión.

En la actividad que desempeñen los defensores públicos, evitarán cualquier conflicto de interés y violación del secreto profesional.

No podrá identificarse a los defensores con los casos que patrocinan.

Se estableció el deber esencial de que el defensor público deberá desempeñarse en forma eficiente y eficaz, con lealtad a su representado y atendiendo la realidad pluri cultural.

Deberá mantener personalmente informado al representado sobre las circunstancias de su proceso.

Para el ejercicio de su cargo se guiará por los deberes ético profesionales”.

Las relaciones entre el defensor público y su representado fueron reguladas de la siguiente forma: el defensor público atenderá las indicaciones de su defendido, pero mantendrá su independencia técnica para la solución del caso que resulte más beneficiosa para el imputado. Ello no obstante, la ley garantiza el ejercicio de la defensa técnica en todas las instancias, asegurando la adecuada representación requerida por el imputado en el caso concreto.

Se determinó que el defensor no podrá obligar al representado a la elección de alternativas o procedimientos que dependan de su voluntad.

La asignación que recaiga en un defensor público sobre un caso, torna obligatoria su gestión en el mismo.

La obligación señalada en el párrafo anterior queda exceptuada:

“En los casos en que el defensor público, por imposibilidad física o psíquica que afecte su capacidad de trabajo, no pueda hacerse cargo del caso;

En los casos en que el defensor público alegue un conflicto insuperable con el necesitado de asistencia;

En los casos en que el necesitado de asistencia rechace al defensor público asignado por alguna causa justificada;

En los casos en que los abogados que se desempeñan como defensores públicos deban rechazar cualquier representación que cree un conflicto de interés en los términos del artículo 95 del Código Procesal Penal, como garantía de la independencia y lealtad de la defensa técnica”.

El Anteproyecto señaló que la defensa de varios imputados en un mismo procedimiento por varios defensores de planta o pertenecientes a una misma entidad o asociación es en principio, inadmisibles. En todos los casos, los Jefes Departamentales, resolverán en definitiva; pero hasta tanto, comenzará a actuar provisionalmente el defensor público asignado para cubrir la urgencia.

El Anteproyecto, sobre el tema de la continuidad del patrocinio de una causa, determinó que en lo posible, se tenderá a que un mismo defensor público entienda en el proceso hasta la sentencia que cause estado, agotadas las vías impugnativas procedentes.

El capítulo del Anteproyecto que define a los defensores públicos de planta del Instituto es también muy interesante: son los funcionarios públicos que integran en forma permanente el Instituto de la Defensa Pública Penal, quienes serán nombrados por el Director General, previa

selección por concurso público de mérito y oposición.

El Instituto adoptará una política de integración en su seno, de abogados pertenecientes a los diferentes grupos étnicos del país. Los defensores públicos prestarán juramento de desempeñar su cargo con independencia, eficiencia, diligencia y lealtad profesional ante el Consejo del Instituto de la Defensa Pública.

Finalmente se determinó que la ley entraría en vigencia después de una *vacatio legis* a partir de los seis meses de su publicación en el Diario Oficial.

El Anteproyecto fue remitido por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala para su consideración por el Congreso de la República. Cuando el proyecto se encontraba ya en su última lectura por el Congreso de la República, paso previo a su aprobación como ley de la República, la Presidente del Congreso, Lic. Anabella Castro y su asesor César Barrientos Pellecer, detuvieron el proceso de aprobación del mismo, objetándolo.

Aparentemente, la objeción principal era de carácter presupuestario, pues los citados funcionarios sostenían que el modelo propuesto costaría mucho dinero al Estado¹²; pero en realidad, esa no era en mi opinión la razón principal. Por haber participado en ese proceso, considero que la razón de fondo para la objeción de la Presidente del Congreso, quien era además una de las líderes más conspicuas del partido gobernante, pareció deberse más a los temores para la creación de una institución autónoma, dirigida a brindar el servicio de defensa pública penal en forma gratuita a quienes eventualmente

el Gobierno considerara “delincuentes”, sin ningún derecho de acceso a la justicia, lo que comprendía la imposibilidad de ejercer su derecho a tener un defensor público, tanto más, cuando en Guatemala está vigente la pena de muerte.

No obstante que la creación de una institución autónoma dirigida a brindar el servicio público de defensa penal era una obligación de los Acuerdos de Paz, en particular del “Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática”, la referida alta funcionaria del Estado guatemalteco trató de soslayar este compromiso.

Una segunda causa para objetar en forma abrupta y arbitraria la aprobación del proyecto de ley, fue según los referidos objetores, la poca participación que se daba a los abogados privados en el Anteproyecto.

Este argumento carecía -como el anterior- de toda entidad, pues precisamente el modelo previo no había funcionado por no existir de parte de los abogados privados voluntad alguna de integrarse al servicio público de defensa penal¹³. Pero justamente, lo que el nuevo diseño ofrecía, era la posibilidad de contar con la inestimable colaboración de abogados particulares, que conforme los ajustes previstos para que este complemento sea atractivo para los mismos y eficiente para el sistema en su conjunto, había contado con el consenso del Colegio de Abogados en un Seminario Internacional celebrado unos meses antes coorganizado entre este último y el Servicio de Defensa Pública, y en donde se discutieron alternativas de prestación del servicio.

No obstante las posturas antagónicas tal cual como eran presentadas, sumado a las

¹² El presupuesto estimado para implementar el modelo propuesto en el Anteproyecto precitado ascendía a 28 millones de quetzales. Al final de los cambios implementados por iniciativa de Castro y Barrientos, la Defensa Pública le costó al Estado de Guatemala 40 millones de quetzales (!).

¹³ Un importante número de los casos asumidos por la defensa pública, vienen de los “*abandonos*” de los casos que litigan los abogados privados. Luego de cobrar prestaciones monetarias y en especie que superan las posibilidades del sindicato, el defensor privado, cuando ya no tiene la forma de obtener más dinero u otros bienes, deja abandonado a su patrocinado, no importándole en qué fase del proceso se encuentre el caso. Muchas veces esto ocurre antes de iniciarse el juicio oral. El Colegio de Abogados de Guatemala nunca sancionó a ningún miembro de su Orden por incurrir en esta grave falta. Esta es una conducta totalmente impune de los abogados guatemaltecos y una fuente importante de carga de trabajo para el Instituto de la Defensa Pública Penal.

confusiones de quienes discutían sin haber leído siquiera el proyecto o tener conocimiento de los modelos factibles de defensa pública, se pudo lograr que se abriera un espacio de discusión y de conversaciones entre las partes involucradas.

Entonces, la Presidencia del Congreso aceptó la posibilidad de volver a adoptar el Anteproyecto original de MINUGUA presentado al Congreso por el Servicio Público de Defensa Penal y por la Corte Suprema de Justicia, bajo las siguientes condiciones:

- a) que el defensor público fuera considerado un auxiliar del sistema penal de justicia (que era el modelo concebido en el código procesal penal derogado).
- b) que el número de defensores públicos en la capital no excediera de 25 ni de noventa en el total del país.
- c) que el Anteproyecto excluyese cualquier posibilidad de que el servicio público de defensa penal fuera brindado a las personas que no probasen ser pobres.
- d) que fuera una institución pequeña (sostenían que era para evitar que se convirtiera en una entidad burocrática como el Ministerio Público, argumento que en la práctica también vulneraba lo explícitamente mencionado en el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil).
- e) que el Consejo no estuviera integrado por ningún representante de organizaciones indígenas.

MINUGUA, PNUD y diversos actores ligados a la justicia iniciaron un largo y agobiante proceso de diálogo con la Presidencia del Congreso de Guatemala, y al final el Proyecto logró “salvar” importantes propuestas originales, pero desafortunadamente no muchas otras, las cuales finalmente se expresaron en la ley aprobada por el Congreso y publicada el 13 de enero de 1998.

Entre otros, los cambios estuvieron encaminados a limitar la importancia de los defensores de planta, integrándose a los abogados privados “defensores públicos de oficio”, con una curiosa fórmula considerada en la ley aprobada, consistente en establecer unidades de pago para la determinación de honorarios, las cuales serán del valor equi-valente al “promedio de un galón de gasolina extra o súper”¹⁴. Consecuente con esa idea, directamente se excluyó el novedoso artículo que establecía una solución especial para el problema común a todos nuestros países de la renuncia-abandono por parte de abogados particulares. A la vez, se modificó la integración del Consejo, incluyéndose a representantes de otras instituciones diversas a los cometidos de la defensa pública. De esta forma, el Estado de Guatemala encontró la manera de dar cumplimiento a sus compromisos bajo el “Acuerdo Global de Derechos Humanos” y el “Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática”.

El papel de MINUGUA en este sentido también merece una crítica. Asumió ante el conflicto una actitud timorata, que justificó en la necesidad de “avanzar en lo que se pudiera”. En este sentido, dejó sin cobertura institucional no sólo a los consultores, que cumplieron con ahínco este reto¹⁵, sino a la propia Defensa Pública y a la Corte Suprema, que hicieron suyo el mismo.

Esto también demostraba la incompleta comprensión del significado y la importancia de los proyectos de fortalecimiento. En la práctica, éstos eran tomados como que si pertenecieran a otra institución distinta.

La reflexión de fondo está dirigida a afirmar que los gobiernos “democráticos” muchas veces carecen de la convicción y de la voluntad política para imponer y hacer respetar el “imperio de la

14 Artículo 46 de la Ley del Servicio Público de Defensa Penal (Decreto n° 129-97).

15 Los autores del Anteproyecto de Ley de la Defensa Pública fueron: María Fernanda López Puleio (Argentina), Antonio Maldonado (Perú) y Robert Leventhal (Estados Unidos de América).

ley" y de establecer con vigor instituciones democráticas consistentes con el modelo republicano de "Estado de derecho". Adoptan discursos que les permiten asumir los compromisos de una manera preponderantemente formal.

Cuando se contrasta la facilidad con que los gobiernos de los Estados Latinoamericanos asumen compromisos -que en el papel admite la adhesión a toda clase de principios democráticos- con su inconsistencia al implementar dichos compromisos en la realidad, puede verse la dimensión real de las dificultades actualmente existentes para imponer el imperio de la ley y el Estado de derecho.

V. El Servicio Público de Defensa Penal de Guatemala en el año 2000: la calidad de los defensores públicos de planta y las condiciones de la prestación del servicio de defensa penal

El estudio ya citado de MINUGUA publicado en marzo de 2000¹⁶, nos muestra una defensa pública bastante diferente de la que empezó en 1994. Esta tiene 91 defensores públicos de planta, cifra que incluye 10 defensores públicos de menores, 67 empleados administrativos, 60 asistentes y 103 defensores públicos de oficio. 78 defensores en el Departamento de la Capital y 25 en ocho sedes departamentales. Del total, 25 defensores de planta trabajan en la sede principal Capital, la cual tiene una Unidad de Ejecución Penal con dos defensores y una Unidad de Impugnaciones con tres defensores.

Sin embargo, este crecimiento cuantitativo no se condice necesariamente con su de-

sempeño cualitativo. El prenombrado estudio demostró que la eficiencia de la defensa pública en Guatemala necesitaba todavía ser fortificada¹⁷. Sobre las condiciones de prestación del servicio¹⁸, el referido estudio determinó en cuanto a la definición del rol de la defensa pública en el sistema de justicia, que la defensa pública estaba limitada al ámbito penal¹⁹, que faltaba presencia en sede policial, y que se producía una intervención tardía de los defensores públicos en la instancia judicial.

En lo referente a los problemas de organización institucional, se determinó que se carecía de un sistema uniforme e informatizado de ingreso, seguimiento, control y archivo de casos; que no había un registro uniforme de las actuaciones procesales atinentes a cada caso; que se carecía de intérprete, sobre todo en las áreas de mayor presencia indígena. Finalmente, que la capacitación era poco consistente con las necesidades más urgentes de los defensores públicos y realizada en forma desordenada.

También se determinaron algunos problemas específicos en la organización del trabajo de los defensores públicos de planta, que redundaban en un trabajo no satisfactorio, como una excesiva discontinuidad y rotación de los defensores frente a sus casos; ya que la asignación de los mismos de acuerdo a las fases del proceso vulneraba la continuidad del patrocinio. También, una ausencia de controles permanentes y efectivos por parte del Servicio. El Estudio aludido sugirió una fortificación urgente del rol del defensor público, una reorientación del liderazgo institucional; potenciar una administración gerencial del Instituto de la Defensa Pública Penal; hacer una reorientación de la

¹⁶ El estudio de MINUGUA tomó para su realización una base de muestras empírica basada en el comportamiento de los defensores públicos de planta en casos concretos. No se ocupó del comportamiento profesional de los defensores públicos de oficio, esto es, los abogados privados contratados por el Instituto de la Defensa Pública Penal para patrocinar casos específicos y por determinadas horas de trabajo.

¹⁷ Antonio Maldonado, *Calidad y eficacia en los defensores públicos de planta, desempeño de los defensores públicos*, p. 58, en *Funcionamiento del sistema de justicia en Guatemala*, MINUGUA, marzo de 2000.

¹⁸ Antonio Maldonado, *Calidad y eficacia en los defensores públicos de planta, condiciones de prestación del servicio de defensa penal gratuita*, ibidem, p. 77.

¹⁹ La Constitución de la República de Guatemala vigente desde 1985, establece el principio de Inviolabilidad del Derecho de Defensa, en virtud del cual el ámbito de protección de este derecho alcanza un estándar bastante elevado y no sólo limitado al ámbito penal.

capacitación y una revisión de la política para conservar al personal capacitado mediante incentivos profesionales, a los efectos de que la institución "no pierda" lo invertido.

VI. Consideraciones finales

VI. 1. En cuanto a los avances y retos aún pendientes de la defensa pública

El servicio público de defensa penal de Guatemala ha dado un paso inicial hacia su desarrollo institucional. Sin embargo, para alcanzar un estándar de desempeño profesional e institucional eficaz y eficiente debe continuar realizando importantes esfuerzos.

Estos esfuerzos deben estar concentrados principalmente en las áreas de gerencia y administración eficaz de los recursos, así como en la selección adecuada de personal tanto profesional como administrativo.

Así mismo, la institución debe establecer objetivos en el corto, mediano y largo plazo, caracterizados por un sentido de realidad y de prioridad.

La defensa pública guatemalteca debe en lo posible mantener la misma apertura demostrada para recibir y tratar con la cooperación internacional, pero esta vez abriendo vínculos y programas de cooperación institucional con otras defensorías públicas.

Ciertos programas de la defensa pública, tales como la capacitación y la difusión de sus servicios, deben organizarse de mejor forma y proyectarse con mayor consistencia.

Uno de los más importantes frutos logrados en la defensa pública guatemalteca, ha sido la presentación de dos peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en dos casos de pena de muerte²⁰. La litigación internacional ante órganos de protección de los derechos humanos, tanto del sistema universal como regional, por parte de defensores públicos debe ser promovida y alentada.

El fortalecimiento de la defensa pública de Guatemala depende sin lugar a dudas del compromiso del Estado guatemalteco con sus instituciones de justicia, pero también del grado de aceptación social acerca de la necesidad de su existencia. Mientras el pueblo y la sociedad guatemalteca consideren que los problemas de criminalidad deben ser resueltos mediante la venganza privada, los linchamientos y la pena de muerte, sin respeto alguno a los derechos esenciales al juicio justo y debido proceso, el fortalecimiento de todas las instituciones de la justicia, incluida la defensa pública no ocurrirá, pese a los millones de dólares que pueda invertir la comunidad internacional en ello.

Debe entenderse que la crisis que atraviesa la justicia en Guatemala están indisolublemente relacionados a los problemas históricos de la

²⁰ En uno de estos casos, de Pedro Rax Cucul, el nuevo Gobierno de Alfonso Portillo acaba de indultarlo. Mediante el Acuerdo Gubernativo 236-2000 (del 31 de mayo de 2000), el Gobierno guatemalteco conmuta la pena de muerte por la inmediata inferior de 50 años, basado en que "no existe certeza de que se haya operado bajo la nutriende del valor justicia, pues el propio sistema hace presumir que el reo, por razón de su idioma y de su educación, no comprendió la situación a la que estaba siendo sometido". El indulto no se basa en el hecho de que Rax Cucul es *inimputable* en razón de que es un enfermo mental, un psicópata, condición bajo la que cometió el crimen, conforme lo probó su defensor público, el Lic. Edgardo Enríquez. Además, en este caso es la primera vez en Guatemala que un defensor (más aún un defensor público) utiliza el "peritaje cultural", que fue realizado por una psicóloga de origen maya que empleó instrumentos científicos de la ciencia moderna y la cultura maya, más precisamente Quekchi. Este peritaje fue acompañado por uno de los psiquiatras más prestigiados de Guatemala. Pedro Rax Cucul fue condenado a la pena de muerte en grave violación a sus derechos a protección judicial, acceso a la justicia e igual trato frente a la ley. No tuvo un intérprete ni un abogado defensor cuando fue detenido por la policía. El Ministerio Público no realizó ninguna una investigación objetiva de los hechos. Su primer defensor público, en la fase preparatoria y en el juicio oral cometió graves errores técnicos. Ya condenado, el Instituto de la Defensa Pública Penal le asignó otro defensor público, el precitado Lic. Enríquez, quien presentó una Petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la presunta violación de los artículos 1.1., 8, 24, y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no sin antes haber solicitado, sin éxito, la Revisión del caso ante la Corte Suprema de Justicia. Curiosamente, la reacción de algunos organismos de derechos humanos de Guatemala, como por ejemplo la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado (ODHA) ha sido contraria al Indulto en favor de Rax, por considerar que "el indulto sigue siendo una intromisión del Ejecutivo en las decisiones judiciales" (periódico guatemalteco "Siglo XXI", 1º de junio del 2000).

sociedad y el Estado guatemaltecos, y que no podrán ser resueltos mediante soluciones sencillas o de corto o mediano plazo. Por ello, finalmente son los guatemaltecos los que liderarán o no los cambios que su justicia necesita, proceso en el cual la comunidad internacional sólo podrá acompañar desde un papel secundario.

VI. 2. En cuanto al papel de MINUGUA

La Misión demostró no estar en la capacidad de asumir el liderazgo de un proyecto de fortalecimiento institucional. Primero, debido a que no pudo encontrar un balance entre la verificación y el fortalecimiento. Segundo, porque su mandato privilegiaba claramente la verificación sobre el fortalecimiento, guiando a la primera por criterios políticos muchas veces bastante arbitrarios. Tercero, la Misión no tuvo la capacidad para apoyar debidamente al equipo técnico encargado del proyecto de la defensa pública.

Pese a ello, el equipo de asesores internacionales pudo ejercer un impacto positivo en la institución y promover los cambios que actualmente permiten exhibir en Guatemala una mejor defensa pública de la que había antes de 1995. Aunque aún queden retos fundamentales que enfrentar. ♦

a n e x o I
GUATEMALA
ANTEPROYECTO DE LEY
DEL SERVICIO PUBLICO DE DEFENSA PENAL

PRESENTACIÓN

El Anteproyecto de Ley del Servicio Público de Defensa Penal ha sido realizado en el marco del programa de cooperación técnica en que participa la Corte Suprema de Justicia, el Servicio Público de Defensa Penal y las Naciones Unidas a través de la Unidad Conjunta MINUGUA-PNUD. Este esfuerzo se fundamenta en el mandato de apoyo al Fortalecimiento Institucional de MINUGUA derivado del Acuerdo Global sobre Derechos Humanos.

El contenido del anteproyecto refleja la realidad del servicio de defensa penal de Guatemala, en la práctica diaria de los defensores públicos, y en los importantes aportes de representantes de varios sectores de la comunidad jurídica guatemalteca e internacional, recogidos en el Seminario: "El Servicio Público de Defensa Penal: diagnóstico y perspectivas para su reestructuración" realizado en mayo de 1996, organizado por los participantes en este convenio de cooperación y el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. El proceso de paz en Guatemala pone también en evidencia el compromiso con la protección del derecho a la defensa como un derecho humano.

Finalmente, este anteproyecto ha sido viable gracias al valioso aporte de los miembros de la Unidad de Asesoría Técnica del Servicio Público de Defensa Penal a través del Convenio de Cooperación, Licenciados Jorge Armando Valvert Morales, Director del Servicio; Mario René Lobo Dubón, Subdirector Administrativo; Juana Solís Rosales, Subdirectora Técnica, y los Consultores Internacionales de la Sección de Fortalecimiento Institucional (FORIN) de MINUGUA, María Fernanda López Puleio, Antonio Maldonado Paredes y Robert Leventhal, quienes pusieron lápiz al papel y dieron vida al conjunto de los aportes mediante el presente Anteproyecto de Ley del Servicio Público de Defensa Penal.

Ciudad de Guatemala, 27 de septiembre de 1996

147

EXPOSICION DE MOTIVOS

1. El punto de partida: por qué un servicio público de defensa penal

Existe una íntima conexión entre las premisas en las que se asienta el moderno Estado de Derecho, la manera en que se organiza la justicia, y la instauración de mecanismos diseñados para procurar la igualdad en la defensa de los derechos.

El derecho de defensa, no sólo es un derecho fundamental del proceso penal, sino que es la garantía que torna operativas todas las demás, y como tal ha sido reconocida en el artículo 12 de la Constitución Política de Guatemala. Pero los derechos plasmados en la Constitución, no son sólo garantías jurídico formales, sino derechos plenos que exigen efectiva realización; y el Estado, en ese sentido, tiene el deber de perseguir su aseguramiento positivo, diseñando acciones tendentes a vencer los obstáculos que impiden aquella concreción.

Por eso el sistema de libertades formales se ve superado por las exigencias propias de la operatividad de los derechos y garantías que resguarda la Constitución, lo que desemboca en la necesidad de toma de conciencia sobre la efectividad de las normas de derecho.

La defensa judicial de los derechos asume una significación mayor, ya que su consagración supone el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción, y la cuestión de la igualdad ante la ley se traduce, entonces, en una cuestión de igualdad ante la justicia.

Entonces, la necesidad de transformar los modelos tradicionales de auxilioria para la defensa de los derechos es imperiosa, particularmente para quienes padecen de desigualdad económica o cultural, ya que en la mayoría de los casos no cuentan con un defensor de confianza. En ese sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos -de los cuales Guatemala es signataria y tienen supremacía sobre el derecho interno, de acuerdo al artículo 46 de la Constitución Política- aseguran la defensa de quienes no cuentan con un abogado particular, mismo mandato que establecen los Acuerdos de Paz.

El sentido teleológico-social del proceso penal hace intolerable la omisión de la defensa técnica -parte indispensable de la inviolabilidad de la defensa- aún en contra de la voluntad del imputado: así el interés social de realización de la justicia torna obligatoria la misma e impone, como mandato ineludible, la de hacerla actuar aún de oficio.

El proceso penal moderno busca establecer un equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y el efectivo respeto por las garantías que lo sustentan. Y ello no podría haber sido de otro modo, porque la legitimidad misma del contradictorio, descansa en la paridad de los contradictorios; lo que suele denominarse «la igualdad de posiciones en el proceso penal».

Esa es una idea fundamental; no hay que olvidar que la titularidad que ejerce el Ministerio Público -organismo estable- sobre la acción penal, hace imprescindible, para garantizar la síntesis de justicia y permitir la irrupción «no viciada» de la verdad material, la existencia de una contrafuerza como exigencia de equilibrio.

Por eso, el grado de respeto al trabajo de los defensores en el sistema de enjuiciamiento, tiene relación directa con el grado de respeto al Estado de Derecho en la administración de justicia penal; y el grado de eficacia en el modelo de defensa pública, tiene relación directa con el grado de respeto al derecho de igualdad ante la ley y ante la justicia.

2. La necesidad de una ley orgánica del servicio público de defensa penal

La defensa pública es una estructura subsidiaria de protección técnica, y en ese sentido constituye la «última reserva» de la defensa.

Pero la necesidad de imposición, y la obligatoriedad de contar con un defensor en sede penal no puede constituirse como un mero requisito formal. Para que la garantía de defensa se operativice y no sea una mera declamación teórica, debe ser, idónea, es decir, debe ser eficaz.

Cuando la irrupción del defensor de oficio ocurre, ello no debe ser interpretado como una mera gracia formal: sino como la manera de garantizar una defensa eficaz, porque de lo contrario se estaría violentando la garantía constitucional.

Y el respeto a la garantía constitucional no puede ser simbólico, teniéndolo por satisfecho con la constancia de que en el proceso se ha presentado un abogado, porque ello constituiría un modelo hipócrita de protección al derecho de defensa.

El actual Servicio Público de Defensa Penal presenta falencias estructurales que -independientemente del esfuerzo individual y resultados satisfactorios alcanzados por los defensores públicos- inciden necesariamente de manera negativa en la eficacia de la defensa técnica del caso concreto.

Una de las notas que claramente denotan esa aseveración es la clara disociación entre el diseño de defensa pública que tuvo en mira el legislador cuando se aprobó el nuevo código procesal dando nacimiento al Servicio Público de Defensa Penal; en efecto, el actual sistema normativo busca la participación amplia de abogados, estableciendo como prioridad el desempeño de abogados litigantes según el modelo de listados a confeccionar por el Colegio de Abogados con comunicación a la Corte Suprema de Justicia, de quien depende, organizativamente, la Institución.

Pero la realidad muestra que la prestación del servicio se cumple de manera prácticamente total a cargo de «defensores de planta», a tiempo completo, que ni siquiera están aludidos en el código procesal penal, quedando, en los hechos, limitada la participación de abogados litigantes a una infima cantidad de casos. Ello explica su razón en diversas causas, entre otras, que no se haya establecido el régimen arancelario especial

que establece el código procesal para el pago de los honorarios profesionales, que las listas de abogados voluntarios sean de un número ínfimo en relación a la enorme cantidad de casos que ingresan al Servicio (siendo casi unánime la representación de la defensa pública en la audiencia del juicio oral), que no existan vínculos relacionales de la Dirección General del Servicio Público de Defensa Penal con el Colegio de Abogados, que en ciertos lugares a los abogados no les interese, por circunstancias específicas colaborar con el Servicio, son algunos de los ejemplos.

Por otra parte, la fuerte mediatización que el código procesal penal y el propio acuerdo 12-94 establecen en relación a la gestión del Director General del Servicio, traban un manejo más ágil del mismo.

En efecto, el Director General debe previamente solicitar a la Corte Suprema de Justicia la información que requiera del Colegio de Abogados; cuando éste último confecciona la lista de voluntarios debe comunicárselo a la Corte Suprema, que a la vez la deriva al Director General, produciéndose un dispendio innecesario de tiempo y esfuerzos; pero además, los convenios que el código autoriza celebrar con el Colegio de Abogados y las Asociaciones de Abogados, para una mejor prestación del servicio de defensa pública, deben ser realizados por el Presidente del Organismo Judicial; el Director General no puede nombrar ni remover a ningún miembro del servicio público de defensa penal.

Y parte de todo ese sistema complejo, puede explicarse porque el legislador no previó una estructura adecuada al funcionamiento de una institución permanente, que pudiera, con una administración propia, tener margen de acción para adecuarse a las diversas situaciones de requisitoria o desbalanceo de carga de trabajo.

Esta reseña general, permite explicar cómo es imposible que en actual estado organizativo, la defensa pública pueda cumplir con el reto de brindar un servicio técnico eficaz; sumando a ello la práctica inexistencia de recursos humanos y materiales para coadyuvar en esa tarea -baste mencionar el número de tan sólo 29 defensores públicos de planta para cubrir todo el país, y que departamentos como Huehuetenango, Petén, Quiché y Baja Verapaz no cuentan con ninguno.

3. Las líneas fundamentales del sistema proyectado

La ley que se proyecta, se caracteriza por los siguientes tópicos relevantes:

- Se garantiza la cobertura del servicio público de defensa penal para delitos y faltas, por casos de adultos y menores. A la vez, el defensor público interviene desde el momento que se le impute un delito, incluso, ante las autoridades de persecución penal, y hasta que se agoten las vías de impugnación. Prevé a la vez, defensores especiales para la etapa de ejecución.
- La creación del Instituto de la Defensa Pública Penal como órgano administrador del servicio público de defensa penal, con autonomía funcional e independencia técnica para el cumplimiento de su función. Ello asegura una gestión ágil para la administración del servicio, a la vez que se asegura, al Director General, el ejercicio de variadas funciones para responder a las necesidades presentadas.
- Se instituye un Consejo con una integración multisectorial, representativa de los sectores involucrados con la problemática de la Defensa Pública. El Consejo es el contralor de las grandes decisiones institucionales, pero su mecanismo regulador no inhibe la toma de decisiones temporáneas y eficaces por parte del Director General.
- La forma de elección y remoción del Director General, representante de la Institución, asegura el mayor nivel de consenso y legitimidad para un organismo que ejerce funciones de tal importancia.
- El proyecto constituye un importante avance en la descentralización administrativa y de gestión del servicio público de defensa penal. La constitución de secciones departamentales, y la eventual creación de secciones regionales tienen por principal finalidad la eficacia en la prestación del servicio, y la atención a las particularidades locales.
- Se estipula un abanico de alternativas para la prestación del servicio público de defensa penal, estableciéndose un sistema mixto con defensores públicos de planta y diversos segmentos de abogados particulares colaborando con el mismo:

- 1) Los defensores de planta atienden prioritariamente la prestación del servicio, permitiendo el establecimiento de un cuerpo de abogados especializados, consustanciados con la temática, y apoyados por unidades técnicas específicas.
- 2) La contratación de abogados litigantes por caso específico o por un tiempo determinado, principalmente para resolver necesidades que surjan de eventuales conflictos de interés en la defensa, de sobrecargas de trabajo, necesidad de experticia.
- 3) La celebración de convenios con entidades o asociaciones vinculadas a los intereses de la defensa pública, para la prestación del servicio por sus abogados integrantes; y para la contratación de servicios técnicos de apoyo requeridos.
- 4) Una solución diferenciada para atender el grave problema por la cantidad de casos que ingresan al Servicio por abandono de defensa de abogados particulares, tendiéndose a soluciones consuadas entre el Colegio de Abogados y el nuevo Instituto.
- 5) La colaboración de abogados voluntarios que no reciben honorarios.
- 6) Excepcionalmente la participación de abogados del padrón del Colegio de Abogados, cuando todas las previsiones de la ley para asignar el defensor previsto por el Instituto no puedan ser efectivizadas.
- 7) La tarea desarrollada por los abogados supervisores de los Bufetes Populares, con objetivos pedagógicos.

- La ley proyectada, significa un importante avance en lo referente al cúmulo de deberes y obligaciones que establece para los defensores públicos. Entre ellos merece destacarse una exigencia que se encuentra a lo largo de todo el ordenamiento: la necesidad de asistencia técnica eficiente y eficaz, que congloba una suma de deberes ético profesionales. El proyecto contiene normas trascendentales en la regulación de la independencia técnica de los defensores públicos, en los requisitos exigidos para evitar conflictos de interés, en la protección de la confidencialidad y el secreto profesional, en la prohibición de identificación del defensor público con la causa que representa, en el establecimiento de normas que precisan las relaciones y ámbitos de competencias entre el defensor público y su asistido, y en la elección de criterios racionales y objetivos para la selección de defensores públicos.

- El proyecto reconoce y garantiza el respeto a las necesidades de la realidad pluricultural, tanto en la conformación del Consejo, en la posibilidad de celebración de convenios con entidades representativas, en la conformación de la unidad de traductores, y en la elección de defensores pertenecientes a las diferentes etnias.

Con este anteproyecto se busca un fin principal: asegurar la operativización concreta del derecho de defensa que la Constitución Política reconoce para todos en Guatemala. Consideramos que constituye el instrumento eficaz y superador de las carencias anotadas.

ANTEPROYECTO DE LEY DEL SERVICIO PUBLICO DE DEFENSA PENAL

TITULO I - DISPOSICIONES GENERALES

CAPITULO I - AMBITO DE ACTUACION

Artículo 1. **Creación.** Créase el Instituto de la Defensa Pública Penal, organismo administrador del servicio público de defensa penal. El Instituto gozará de autonomía funcional y total independencia técnica para el cumplimiento de su función.

Artículo 2. **Eficacia.** El Instituto de la Defensa Pública Penal, como autoridad de aplicación de la presente ley, asegurará la eficacia en la prestación del servicio público de defensa penal. Contará con los recursos e insumos necesarios como responsable directo de la provisión del mismo.

Artículo 3. **Función del servicio público de defensa penal.** El servicio público de defensa penal tiene competencia para:

- 1) Intervenir en la representación de las personas sometidas a proceso penal, a partir de cualquier indicación que las señale como posibles autores de un hecho punible o de participar en él, incluso, ante las autoridades de la persecución penal, en todos los casos en que la persona no tuviere o, procediendo, no nombrara defensor de confianza, o cuando sea necesaria su asistencia para los actos de anticipo de

prueba o que requieran la presencia de un defensor conforme a ley.

2) Asistir a cualquier persona que solicite asesoría jurídica, cuando ésta considere que pudiera estar sindicada en un procedimiento penal.

Artículo 4. **Gratuidad.** El servicio público de defensa penal es gratuito para quienes carezcan de recursos económicos para contratar un abogado particular. Quienes presten el servicio público de defensa penal, y los beneficiarios de la misma, estarán exentos del pago de costas procesales. En los casos en que el Instituto de la Defensa Pública Penal deba intervenir para integrar la defensa obligatoria exigida por el procedimiento penal, y la persona representada tuviere, en el momento de la asistencia, recursos económicos para contratar un abogado de confianza, posteriormente retribuirá al mismo.

Artículo 5. **Cobertura.** El servicio público de defensa penal cubre casos de adultos y menores, por delitos ó faltas, y toda materia que sea traída o tenga su inicio en el procedimiento penal. En tanto el caso no sea asignado a un defensor de confianza, el defensor público deberá intervenir en todo el curso del proceso, ante la jurisdicción nacional e internacional.

CAPITULO II - PRESTACION DEL SERVICIO

Artículo 6. **Solicitud de defensor público.** Es deber de los Jueces, el Ministerio Público, la policía y demás autoridades encargadas de la custodia de detenidos, solicitar un defensor público al Instituto de la Defensa Pública Penal cuando el imputado no tuviere defensor de confianza. Cuando el imputado estuviere privado de su libertad, además de los nombrados, cualquier persona podrá realizar la solicitud. El Instituto podrá intervenir de oficio en las situaciones señaladas en los párrafos anteriores. En todos los casos, el defensor público atenderá la solicitud, requiriendo posteriormente su designación al Juez en el proceso, si correspondiere.

Artículo 7. **Forma de la prestación.** A efecto de cumplir con las funciones encomendadas en el Artículo 3, entenderán en los casos del servicio público de defensa penal, como defensores públicos:

- 1) Los abogados de planta del Instituto de la Defensa Pública Penal, sobre quienes recaerá, preferentemente, la atención prioritaria del servicio público de defensa penal;
- 2) Los abogados que ejerzan privadamente, y que se incorporen al Instituto de acuerdo a las previsiones de la presente ley;
- 3) Los abogados integrantes de organizaciones vinculadas a los intereses del servicio público de defensa penal, de acuerdo a las previsiones de la presente ley;
- 4) Los abogados matriculados activos, sólo en los casos y condiciones que señala la presente ley.

Artículo 8. **Asignación de casos.** La Dirección General del Instituto, establecerá los criterios para la asignación y distribución de casos y carga de trabajo, de acuerdo a los términos de la presente ley, el reglamento que al efecto se dicte y las necesidades del servicio público de defensa penal.

TITULO II - ORGANIZACION DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PUBLICA PENAL

CAPITULO I - INTEGRACION

Artículo 9. **Integración.** Integran el Instituto de la Defensa Pública Penal:

- 1) La Dirección General;
- 2) El Consejo;
- 3) Los Defensores Públicos.

CAPITULO II - DIRECCION GENERAL

Sección Primera

Director General

Artículo 10. **Titularidad.** La Dirección General es ejercida por un Director General, representante legal del Instituto de la Defensa Pública Penal, que dura cuatro años en sus funciones, pudiendo ser reelecto por periodos iguales.

Artículo 11. **Nombramiento.** El Director General es elegido por el pleno del Congreso de la República, de una terna propuesta por el Consejo. En caso de muerte, renuncia o vacancia del cargo, se procederá de igual forma.

Artículo 12. **Requisitos.** Para ser elegido Director General, deberá contarse con los siguientes requisitos:

- 1) Ser abogado colegiado activo;
- 2) Acreditar amplia experiencia en material penal;
- 3) Haber cumplido cinco años de abogado colegiado activo, o en función como defensor público o en funciones judiciales o de la carrera del Ministerio Público que requieran el título de abogado, pudiéndose sumarse los periodos en cada uno de ellos a los efectos del cómputo exigido;

Se considerará su experiencia en administración.

Artículo 13. **Funciones.** Son funciones del Director General:

- 1) Realizar todas las acciones conducentes a un gerenciamiento eficaz y dinámico del servicio, para la protección integral del derecho de defensa, para lo cual podrá dictar resoluciones generales;
- 2) Determinar y ejecutar la política general de la institución;
- 3) Supervisar la labor profesional de los abogados que presten servicio para el Instituto, controlando que el trabajo desarrollado por los mismos cumpla con las necesidades de una defensa eficaz;
- 4) Supervisar la labor del personal técnico y administrativo de apoyo;
- 5) Organizar la prestación del servicio público de defensa penal en las sedes departamentales, atendiendo a las situaciones particularizadas y tomando en cuenta las recomendaciones de los jefes departamentales;
- 6) Decidir la conformación de unidades de apoyo técnico y administrativo y la creación de secciones regionales;
- 7) Nombrar y remover a los subdirectores del Instituto de la Defensa Pública Penal y a los jefes departamentales;
- 8) Delegar funciones en los subdirectores y en los jefes departamentales;
- 9) Elaborar el proyecto de reglamento del Instituto, y remitirlo al Consejo para su aprobación;
- 10) Aplicar las sanciones disciplinarias previstas por faltas cometidas por los defensores públicos de planta y el personal del Instituto de la Defensa Pública Penal en el ámbito de sus funciones;
- 11) Nombrar a los defensores públicos de acuerdo a las previsiones y requisitos de la presente ley;
- 12) Enunciar políticas para la contratación de abogados particulares por los jefes departamentales;
- 13) Celebrar convenios con entidades y asociaciones cuyos fines se asemejen a los del servicio público de defensa penal, y con abogados particulares, para una mejor prestación del servicio;
- 14) Celebrar los demás convenios de cooperación institucional y técnica con instituciones públicas y privadas, nacionales o extranjeras, que sean necesarios para el fortalecimiento del Instituto de la Defensa Pública Penal;
- 15) Elaborar el proyecto de presupuesto anual de ingresos y egresos del Instituto, remitiéndolo al Ejecutivo y al Congreso de la República en las formas y plazos que establezcan las leyes específicas;
- 16) Remitir la memoria anual al Consejo para su aprobación;
- 17) Establecer los criterios para la asignación y distribución de casos y carga de trabajo;
- 18) Remitir al Consejo los planes de ingreso como defensores públicos al Instituto;
- 19) Realizar, y ordenar a quienes ejerzan tareas de supervisión, la visita a los centros y lugares de detención, a fin de conocer:
 - a) Información sobre detenidos que carecieran de defensor, arbitrando inmediatamente los medios para proveerles de un defensor público;
 - b) El estado de situación de las personas detenidas y de las personas con condena firme;
- 20) Establecer el sistema de turnos para asegurar una cobertura íntegra y eficiente del servicio; garantizando la presencia de un defensor público para los detenidos en sede policial que lo necesitaran.

Artículo 14. **Asistencia y representación en casos.** El Director General puede ejercer la asistencia y representación en casos, quedando a su criterio esa decisión.

Artículo 15. **Remoción.** El Pleno del Congreso de la República podrá remover al Director General, por grave incumplimiento de sus funciones. El pedido de remoción deberá solicitarlo el Consejo, necesitando para ello el voto favorable de dos tercios de los miembros totales del mismo.

Sección Segunda

Unidades de apoyo técnico y administrativo

Artículo 16. **Integración.** La Dirección General contará, por lo menos, con las unidades de apoyo técnico

y administrativo que señala esta ley, las que estarán a cargo cada uno de un subdirector nombrado por el Director General.

Artículo 17. Unidad de Capacitación del Instituto de la Defensa Pública Penal. La Unidad de Capacitación, es un órgano de asistencia técnica a cargo de un profesional abogado con amplia experiencia en capacitación. Propone los planes y programas generales para la aprobación del Director General.

Ejerce las siguientes funciones:

- 1) Diseñar, planificar y ejecutar los programas de capacitación con carácter permanente, para los abogados de planta del Instituto, y para los demás abogados con autorización especial del Director General;
- 2) Elaborar los planes de ingreso como defensores públicos al Instituto, y una vez remitidos por el Director General al Consejo, y aprobados por éste, ejecutarlos;
- 3) Diseñar, planificar y ejecutar los programas de capacitación dirigidos al personal de apoyo técnico y administrativo del Instituto a efecto de que puedan cumplir eficazmente con su labor;
- 4) Organizar y sistematizar leyes, acuerdos y jurisprudencia nacional e internacional para auxilio del defensor.

Para cumplir eficientemente con su función proveerá las necesidades de información especializada de los defensores públicos a nivel nacional.

Artículo 18. Unidad de Investigación y Peritaje. La Unidad de Investigación y Peritaje tiene las siguientes funciones:

- 1) Trabajar en la investigación de los casos del servicio público de defensa penal a efecto de auxiliar al defensor en la investigación del caso;
- 2) Apoyar al servicio público de defensa penal con su ciencia, arte o técnica, para que los defensores públicos puedan cumplir con sus funciones en forma eficiente y eficaz.

Los miembros de esta unidad especializada no pertenecen a la policía, estando integrada por profesionales especializados. Realizan su trabajo bajo las instrucciones de la Dirección General y en los casos concretos, bajo las directrices del abogado que patrocina el caso.

Artículo 19. Unidad de Traductores. La Unidad de Traductores estará integrada por un cuerpo de traductores en apoyo al trabajo de los defensores públicos, expertos en las diferentes lenguas de Guatemala, preferentemente con conocimientos jurídicos, quienes serán organizados administrativamente para servir a nivel nacional al servicio.

Artículo 20. Unidad de Apoyo Administrativo y Financiero. La Unidad de Apoyo Administrativo y Financiero tendrá bajo su cargo todos los aspectos relativos al apoyo del gerenciamiento eficaz del Instituto, tales como la planificación y control de los recursos; la administración de los archivos del personal profesional y de apoyo; el control financiero de la institución; el apoyo al desarrollo de la gestión; y el cuidado general de los bienes del Instituto. El subdirector administrativo establecerá los casos de compensación a los que alude el Artículo 4 de esta ley, y será responsable por el cobro de las mismas.

Sección Tercera

Secciones de división territorial

Artículo 21. Secciones departamentales. Titularidad. Se establece una sección departamental del Instituto de la Defensa Pública Penal en cada uno de los departamentos del país. Las secciones departamentales serán administradas por un Jefe Departamental, de acuerdo a las directrices que emanen del Director General y conforme las atribuciones que les asigna la presente ley, atendiendo a las características específicas de cada lugar. El Jefe Departamental es un defensor público de planta nombrado por el Director General y responsable del buen funcionamiento del servicio público de defensa penal en su departamento.

Artículo 22. Funciones del jefe departamental. Corresponden al Jefe Departamental las siguientes funciones:

- 1) Supervisar el trabajo de los defensores públicos de planta que se desempeñen en su sede, y del personal de apoyo, informándolo al Director General;
- 2) Recibir los casos del servicio público de defensa penal en su departamento, y asignarlos a los defensores de planta y a otros abogados, entidades o asociaciones que hayan contratado la provisión del servicio con el Instituto de la Defensa Pública Penal;
- 3) Ejercer como defensor de planta;
- 4) En coordinación con la Dirección General, realizar la planificación jurídica para el departamento, diseñar

estrategias de defensa, y asegurar que se lleven a cabo actividades periódicas para el desarrollo técnico de los integrantes de Instituto en su departamento;

- 5) Administrar el presupuesto del Instituto en su departamento, enviando su liquidación para el control de la Dirección General;
- 6) Proponer a la Dirección General la celebración de convenios locales relativos a las Entidades y Asociaciones, y la autorización general para la celebración de convenios con abogados particulares;
- 7) Identificar y reportar problemáticas, promoviendo la defensa de todos los habitantes del departamento, y realizar visitas periódicas a los centros de detención para cumplir con la función asignada en el artículo 13;
- 8) Remitir a la Dirección General la información que ésta le solicite;
- 9) Ejercer las funciones que la Dirección General le delegue.

Artículo 23. **Secciones regionales. Competencia. Titaridad.** La Dirección General puede establecer secciones regionales que agrupen departamentos vecinos. La función de las secciones regionales es la coordinación del trabajo de las secciones departamentales que corresponden a una región, el establecimiento de nexos de colaboración entre las mismas y cualquier otra función que le asigne la Dirección General para el mejor funcionamiento del servicio público de defensa penal. El Jefe Departamental que la Dirección General decida, presidirá la sección regional.

CAPITULO III - CONSEJO

Artículo 24. **Conformación.** El Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal se compone por:

- 1) Un integrante de la Junta Directiva del Colegio de Abogados;
- 2) El Presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados;
- 3) El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Carlos;
- 4) Un representante elegido entre los Decanos de las Facultades de Derecho de las otras Universidades;
- 5) Un representante de las Organizaciones Indígenas;
- 6) Un representante de las organizaciones no gubernamentales de Derechos Humanos, o con objetivos vinculados al servicio público de defensa penal;
- 7) El Director del Instituto de la Defensa Pública Penal, quien tendrá voz pero no voto;
- 8) Un defensor público de la planta del Instituto de la Defensa Pública Penal, quien será elegido en Asamblea de Defensores, y durará un año en sus funciones.

Los demás representantes se elegirán de acuerdo a los mecanismos de designación que establezca cada una de las instituciones involucradas.

Artículo 25. **Funcionamiento interno.** El Consejo dictará su propio reglamento, que establecerá los deberes y obligaciones de sus integrantes, régimen de dietas, personal mínimo indispensable y toda otra cuestión de relieve.

Estas normas dictaminarán la periodicidad de las reuniones, con un mínimo de una reunión ordinaria por mes, y los casos de convocatoria a reunión extraordinaria. Para deliberar, es necesario que el Consejo cuente con un número mínimo de 5 miembros con derecho a voto. Las resoluciones que no establezcan un quórum calificado, se toman por mayoría simple de votos.

Artículo 26. **Funciones.** Corresponde al Consejo:

- 1) Promover un compromiso amplio del Estado y de la sociedad de Guatemala en relación a la efectiva vigencia del derecho de defensa;
- 2) Realizar propuestas de reformas para el mejoramiento del servicio público de defensa penal;
- 3) Comprobar que el presupuesto de gastos efectuado por el Director General haya sido compatible con los fines del Instituto;
- 4) Aprobar la memoria anual remitida por el Director General;
- 5) Aprobar el reglamento de la institución, cuyo proyecto lo elaborará la Dirección General;
- 6) Aprobar los planes de ingreso de defensores públicos de planta al Instituto de la Defensa Pública Penal propuesto por el Director General;
- 7) Decidir la remoción de los defensores públicos de planta, a solicitud del Director General;
- 8) Dirigir al Congreso de la República la propuesta en terna para la elección del Director General, y el pedido de remoción del mismo por grave incumplimiento de su función.

TITULO III - DE LOS DEFENSORES PÚBLICOS

CAPITULO I - DERECHOS Y DEBERES

Artículo 27. **Independencia técnica.** Para el ejercicio de su cargo, el defensor público goza de completa libertad, sin ninguna clase de restricción, influencia o presión. El defensor podrá intercambiar opiniones técnicas en el ámbito del Instituto de la Defensa Pública Penal, y recibir sugerencias para la mejor resolución de su caso, pero actúa bajo su entera responsabilidad y decisión final.

Artículo 28. **Confidencialidad.** Se garantiza una fluida y reservada comunicación entre el defensor público y su representado. En la actividad que desempeñen los defensores públicos, evitarán cualquier conflicto de interés y violación del secreto profesional.

Artículo 29. **Comunicación.** Los defensores públicos tienen derecho a comunicar, con sujeción a las normas de la institución, información relacionada con su actividad profesional, y tratándose de los casos que patrocinen con la expresa autorización de su representado.

Artículo 30. **Respeto debido.** En el ejercicio de su cargo, al defensor público se le debe el mismo respeto que a los demás sujetos procesales. No podrá identificarse a los defensores con los casos que patrocinan.

Artículo 31. **Deber esencial.** El defensor público deberá desempeñarse en forma eficiente y eficaz, con lealtad a su representado y atendiendo la realidad pluricultural. Deberá mantener personalmente informado al representado sobre las circunstancias de su proceso. Para el ejercicio de su cargo se guiará por los deberes ético profesionales.

Artículo 32. **Incumplimiento de deberes.** Los defensores públicos deben respetar las normas legales y reglamentarias del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Incurrirán en incumplimiento de sus deberes cuando:

- 1) No presten la debida asistencia jurídica y trato respetuoso a sus patrocinados;
- 2) Se comporten de manera indecorosa que afecte la prestación e imagen del servicio público de defensa penal;
- 3) Incumplan con las normas establecidas por el Instituto.

Artículo 33. **Relaciones entre el defensor público y su representado.** El defensor público atenderá las indicaciones de su defendido, pero mantendrá su independencia técnica para la solución del caso que resulte más beneficiosa para el imputado. Ello no obstante, se garantiza el ejercicio de la defensa técnica en todas las instancias, asegurado la adecuada representación requerida por el imputado en el caso concreto. El defensor no podrá obligar al representado a la elección de alternativas o procedimientos que dependan de un acto libre de voluntad del éste.

Artículo 34. **Representación.** La asignación que recaiga en un defensor público sobre un caso, torna obligatoria su gestión en el mismo.

La obligación señalada en el párrafo anterior queda exceptuada:

- 1) En los casos en que el defensor público, por imposibilidad física o psíquica que afecte su capacidad de trabajo, no pueda hacerse cargo del caso;
- 2) En los casos en que el defensor público alegue un conflicto insuperable con el necesitado de asistencia;
- 3) En los casos en que el necesitado de asistencia rechace al defensor público asignado por alguna causa justificada;
- 4) En los casos en que los abogados que se desempeñan como defensores públicos deban rechazar cualquier representación que cree un conflicto de interés en los términos del artículo 95 del Código Procesal Penal, como garantía de la independencia y lealtad de la defensa técnica.

La defensa de varios imputados en un mismo procedimiento por varios defensores de planta o pertenecientes a una misma entidad o asociación es, en principio, inadmisibles. En todos los casos, los Jefes Departamentales, resolverán en definitiva; pero hasta tanto, comenzará a actuar provisionalmente el defensor público asignado para cubrir la urgencia.

Artículo 35. **Continuidad.** En lo posible, se tenderá a que un mismo defensor público entienda en el proceso hasta la sentencia que cause estado, agotadas las vías impugnativas precedentes.

Para la etapa de ejecución, se asignará el caso a un defensor público de la planta del Instituto, especializado en la materia. El Director General puede asignar defensores públicos especiales para asesorar en procesos o etapas específicas al abogado principal, quien en principio, tendrá la responsabilidad del mismo hasta su finalización.

CAPITULO II - DEFENSORES DE PLANTA DEL INSTITUTO

Artículo 36. **Concepto.** Los defensores de planta son los funcionarios públicos que integran en forma permanente el Instituto de la Defensa Pública Penal.

Artículo 37. **Nombramiento.** Los defensores públicos de planta serán nombrados por el Director General, previa selección por concurso público de mérito y oposición. El Instituto adoptará una política de integración en su seno, de abogados pertenecientes a los diferentes grupos étnicos del país.

Artículo 38. **Juramento.** Los defensores públicos prestarán juramento de desempeñar su cargo con independencia, eficiencia, diligencia y lealtad profesional ante el Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal.

Artículo 39. **Requisitos.** Para acceder al cargo de defensor público de planta se requiere:

- 1) Tener un año de antigüedad como abogado colegiado activo;
- 2) Ser abogado, si se hubiera desempeñado al menos dos años como auxiliar del Instituto de la Defensa Pública Penal;
- 3) Acreditar experiencia en materia penal.

Artículo 40. **Duración del cargo.** Los defensores públicos de planta tienen estabilidad en sus funciones, y categorías de acuerdo a lo que establezca la reglamentación de la carrera del defensor público.

Artículo 41. **Remuneración.** Los Defensores de Planta perciben por su trabajo una contraprestación mensual apropiada, y las prestaciones que por ley correspondan, de acuerdo a las distintas categorías que establezca la carrera del defensor público. No recibirán por sus servicios ninguna otra remuneración que la señalada. En los casos que exista condena en costas a la contraria, éstas pertenecerán al Instituto de la Defensa Pública Penal, que perseguirá la ejecución de lo adeudado.

Artículo 42. **Incompatibilidades.** Es incompatible con la función de defensor público de planta:

- 1) El ejercicio privado de la profesión, con la excepción de la intervención en asuntos propios, siempre cuando no interfieran en el ejercicio de sus funciones oficiales;
- 2) El desempeño de cargos políticos;
- 3) Cualquier otro empleo o cargo público o privado remunerado, salvo la docencia y actividades vinculadas, y en tanto no interfiera en sus funciones;
- 4) Cualquier otra actividad que interfiera en su función.

Artículo 43. **Régimen disciplinario.** La Dirección General puede aplicar sanciones a los defensores públicos de planta, que, en desempeño de sus cargos, incumplan los deberes que emanan del ejercicio de sus funciones, conforme lo establecido en el artículo 32 de esta ley. Para la imposición de una sanción, se tendrá en cuenta la gravedad del hecho cometido y los perjuicios efectivamente causados.

Las sanciones consistirán en:

- 1) Llamada de atención verbal;
- 2) Llamada de atención escrita;
- 3) Suspensión de hasta diez días de empleo, sin goce de sueldo;
- 4) Remoción del cargo.

En el caso de suspensión, el defensor público de planta podrá apelar ante el Consejo.

En los casos en que por la gravedad del hecho el Director General considere que ha lugar el pedido de remoción del defensor público de planta, lo solicitará al Consejo, quien resolverá en definitiva. En todos los casos, el defensor público de planta contará con las garantías del debido proceso para ofrecer su descargo. Todas las sanciones firmes se anotarán en el expediente del defensor público de planta, sin perjuicio de que transcurridos dos años sin recibir nuevas sanciones, sean canceladas automáticamente del mismo.

CAPITULO III - ABOGADOS LITIGANTES Ó PRIVADOS CONTRATADOS COMO DEFENSORES PUBLICOS

Artículo 44. **Contratación.** Cuando las necesidades del servicio público de defensa penal y del derecho a una defensa eficaz lo requieran, el Instituto de la Defensa Pública Penal podrá celebrar convenios con abogados particulares, facultando la participación de ellos en la prestación del mismo.

Artículo 45. **Materia de la contratación.** Los convenios con abogados particulares podrán ser realizados para casos específicos o por un tiempo determinado. Se justificarán en la necesidad de evitar casos de conflictos de interés, desbalanceo en la carga de trabajo de la planta del Instituto, las limitaciones en el alcance territorial de la cobertura por parte de la planta del Instituto, la incorporación de experticia o recursos no accesibles de otro modo, o cualquier otra razón que justifique la contratación de los mismos.

Artículo 46. **Condiciones de contratación.** El abogado particular que quiera participar en la provisión del servicio de defensa pública penal, postulará a la sede departamental que correspondiera al lugar en donde quiera desempeñar su actividad. El Jefe Departamental respectivo, de acuerdo con los requisitos exigidos en la presente ley, las necesidades del servicio público de defensa penal y las directrices emanadas de la Dirección General del Instituto, decidirá en definitiva. El abogado tiene la facultad de renunciar a seguir prestando sus servicios al Instituto de la Defensa Pública Penal; pero no podrá dejar la representación de un caso específico ya empezado, sin un motivo grave de disculpa, que será evaluado por quien celebró el convenio con él.

Artículo 47. **Requisitos.** Para servir como abogado particular contratado por el Instituto de la Defensa Pública Penal, se requiere:

- 1) Haber cumplido un año como abogado colegiado activo ;
- 2) Tener experiencia en asuntos penales;
- 3) Los otros requisitos que establezca la Dirección General.

La Dirección General puede exigir la asistencia y aprobación de actividades de desarrollo técnico que programe o indique.

Artículo 48. **Supervisión del trabajo.** La Dirección General supervisará que el trabajo realizado por el abogado particular cumple con los estándares exigidos a todo defensor público, y con las condiciones específicas que fueron materia de contratación. En los casos de incumplimiento de los deberes a cargo de los abogados particulares, la Dirección General dispondrá la rescisión del contrato, según los términos del mismo.

Artículo 49. **Honorarios.** El Jefe Departamental determinará los honorarios profesionales y reintegro de gastos en que incurriera el abogado particular, quien acompañará una liquidación de los mismos. El Jefe Departamental establecerá la suma a abonar, de acuerdo a las indicaciones que señale el reglamento del Instituto de la Defensa Pública Penal, el cual deberá considerar el tiempo efectivamente dedicado al caso, la complejidad del mismo, los memoriales y diligencias realizadas, y la medida de cumplimiento de los requisitos de eficiencia técnica de la defensa. El abogado particular podrá apelar los honorarios determinados, a una Comisión Permanente del Consejo.

Artículo 50. **Casos de renuncia y abandono.** El Colegio de Abogados establecerá acciones concretas para evitar la renuncia y abandono de casos por abogados particulares. En los casos de abandono, cuando se solicite la intervención del Instituto de la Defensa Pública Penal, el proceso podrá asignarse a un abogado de una lista que confeccionará obligatoriamente, a esos efectos, el Colegio de Abogados. El abogado de la lista será remunerado con el 75% de la suma que hubiera correspondido al abogado particular contratado por el Instituto, en el mismo trabajo. El subdirector administrativo perseguirá el cobro de las costas provocadas por el reemplazo, según lo preceptuado por el artículo 105 del código procesal penal. La Dirección General, informará al Tribunal de Honor los casos de abandono, para que tome la acción que correspondiere.

Artículo 51. **Colaboración de abogados voluntarios.** La Dirección General podrá acordar con abogados litigantes su colaboración para la prestación del servicio público de defensa penal. Estos abogados no percibirán por sus tareas suma alguna, sujetándose a las condiciones que establezca el reglamento y las resoluciones generales del Director General. La Dirección General garantizará que mediante esta disposición no se contravenga la eficiencia en la prestación del servicio público de defensa penal.

Artículo 52. **Abogados del Padrón del Colegio de Abogados.** Sólo en los casos en que, no obstante todas las previsiones de este ordenamiento, sea de cumplimiento imposible la intervención de un defensor público asignado por el Instituto de la Defensa Pública Penal, y cuando la urgencia lo exija, el Juez o la autoridad que corresponda, designará, en resolución fundamentada, a cualquier abogado colegiado de los que actúan en la sede del Tribunal. Este abogado tendrá la obligación de asistir en la emergencia, siendo remunerado por ello, y hasta que el Jefe Departamental pueda asignar otro abogado.

CAPITULO IV - INTERVENCIÓN DE ENTIDADES Y ASOCIACIONES

Artículo 53. **Régimen.** La Dirección General podrá celebrar convenios con entidades y asociaciones para la prestación del servicio público de defensa penal. También podrá celebrar convenios para la provisión de otros servicios técnicos necesitados por el Instituto.

Artículo 54. **Entidades y asociaciones prestatarias de representación o asistencia legal.** Cuando el convenio tenga por fin la prestación de representación o asistencia legal, el organismo involucrado tomará a su cargo la designación del abogado que intervendrá en cada caso, y las demás atribuciones de supervisión y control para asegurar la eficiencia del trabajo. Los términos del convenio garantizarán el aseguramiento efectivo de tal previsión para los casos específicos que tome a su cargo el organismo

Artículo 55. **Retribución.** La contraprestación que deba recibir quien realice la representación o asistencia legal, estará a cargo de la entidad ó asociación que haya realizado el convenio con el Instituto de la Defensa Pública Penal. El Instituto de la Defensa Pública Penal no tendrá ninguna participación en la determinación y efectivización de la contraprestación, ni podrán serle exigidas las sumas resultantes de aquella.

Artículo 56. **Informes.** Las entidades que realicen convenios con el Instituto, remitirán los informes que sean requeridos por la Dirección General del Instituto.

Artículo 57. **Finalización del convenio.** La Dirección General pondrá fin al convenio con la entidad ó asociación cuando se hayan cumplido los plazos o condiciones establecidas en el mismo, cuando compruebe deficiencias en el servicio, o incumplimiento de los deberes a cargo de los abogados intervinientes.

CAPITULO V - UNIVERSIDADES

Artículo 58. **Estudiantes.** Los estudiantes de derecho, como cualquier persona que no sea abogado, no pueden asistir o representar en casos de delitos. Su participación en los programas establecidos en este capítulo, u otros semejantes, no será justificativo para que se sustituya a los abogados a quienes asisten en los actos propios de su función. Podrán acompañar en los actos y debates, sin intervenir directamente en ellos.

Artículo 59. **Participación de los Bufetes Populares.** Las Facultades de Derecho de las Universidades pueden asistir o representar en casos del servicio público de defensa penal, por medio de los bufetes populares que organicen. A esos efectos, el Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal, establecerá qué procesos deben transferirse al Bufete Popular. El defensor asignado al caso específico, será uno de los abogados responsables del programa.

Artículo 60. **Responsabilidades y control.** La prestación del servicio, garantizará los mecanismos de control y supervisión, y cantidad e índole de casos necesarios para asegurar el derecho a una defensa técnica eficaz. La persona designada como Director del Bufete Popular, al igual que los supervisores, deberá ser abogado; siendo todos ellos responsables directos por el trabajo de los estudiantes. El Director del Bufete Popular deberá remitir los informes que requiera la Dirección General del Instituto de la Defensa Pública Penal. La Dirección General del Instituto puede rescindir el convenio con el Bufete Popular cuando compruebe deficiencias en la prestación del servicio.

Artículo 61. **Financiamiento del programa.** La Universidad tendrá a su cargo el sostenimiento económico del bufete, según su propio régimen. El Instituto de la Defensa Pública Penal estará exonerado del pago de honorarios por cualquier concepto.

Artículo 62. **Pasantías.** El Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal, tiene la facultad de organizar pasantías en materia penal y en otras afines, por los mecanismos que estime conveniente.

TITULO IV - PERSONAL DE APOYO TECNICO Y ADMINISTRATIVO

CAPITULO UNICO

Artículo 63. **Personal de apoyo.** Cada sección del Instituto, deberá contar con los empleados necesarios para el cumplimiento de las funciones que se les asignan.

Artículo 64. **Oficiales.** Es requisito para ser nombrado Oficial del Instituto, haber aprobado los estudios de los primeros tres años de una Facultad de Derecho, y ser alumno regular al momento de ingreso al Servicio. Les está prohibido ejercer los derechos que esta ley le asigna a los defensores públicos.

Artículo 65. **Derechos y Deberes.** El personal de apoyo técnico y administrativo contará con todos los derechos que la Constitución y las leyes laborales asignan a los empleados públicos. El Reglamento del Instituto de la Defensa Pública Penal establecerá las normas a las que deberán ajustar su accionar en su trabajo. El Reglamento atenderá a los principios de especialidad y antigüedad para la categorización de los mismos.

TITULO V - REGIMEN ECONOMICO Y FINANCIERO

CAPITULO UNICO

Artículo 66. **Presupuesto.** El Congreso de la República asignará anualmente en el presupuesto general de ingresos y egresos del Estado, los recursos necesarios para cubrir los gastos del Instituto de la Defensa Pública Penal. La ejecución del presupuesto estará sujeta a los controles y fiscalización de los órganos correspondientes del Estado.

Artículo 67. **Otras fuentes de financiamiento.** Integrarán los fondos del Instituto de la Defensa Pública Penal:

- 1) Las sumas resultantes de los reembolsos que correspondan, de acuerdo al artículo 4 de esta ley. Para ese último efecto, el Director General dictará cada seis meses una resolución general, que deberá ser aprobada por el Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal, para establecer la suma de ingresos regulares percibidos a partir de los cuales los imputados deberán compensar al Instituto. Sin embargo, la obligación al pago no se fundará exclusivamente en los ingresos regulares del imputado, atendiéndose también las cargas familiares y demás condiciones de vida que afecten ese ingreso. Para determinar la suma a compensar, se tendrán en consideración los baremos establecidos en el artículo 49 de la presente ley;
- 2) El cobro de las costas procesales a la contraria, en tanto correspondan;
- 3) Las donaciones y legados;
- 4) El 5% de las sumas que los abogados colegiados activos abonen al Colegio de Abogados, en concepto de pago periódico de la cuota de colegiación.

TITULO VI - DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

CAPITULO UNICO

Artículo 68. **Derechos adquiridos.** Los derechos adquiridos por el personal profesional y administrativo del actual Servicio Público de Defensa Penal, con anterioridad a la vigencia de la presente ley, serán respetados, y servirán de base para asumir los nuevos cargos.

Artículo 69. **Defensores públicos de planta.** Las normas sobre selección de nuevos defensores públicos de planta no afectan la situación de los actuales defensores públicos de planta.

Artículo 70. **Fondos iniciales.** El Congreso deberá adelantar los fondos presupuestarios requeridos para dar cumplimiento a la garantía establecida en el artículo 2 de esta ley.

Artículo 71. **Convenio de transferencia con el Organismo Judicial.** El Instituto de la Defensa Pública Penal, y el Organismo Judicial celebrarán los convenios necesarios para la transferencia de recursos y servicios.

Artículo 72. **Director transitorio.** El actual Director del Servicio Público de Defensa Penal, continuará en sus funciones por el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigencia de la presente, sin perjuicio de que pueda ser reelecto, por el procedimiento establecido en esta ley. Al mes de la entrada en vigencia la presente ley, el Consejo deberá elaborar la terna de candidatos a la que se refiere el Artículo 11, para la elección del nuevo Director General, por el Pleno del Congreso.

Artículo 73. **Disposiciones derogatorias.** Se modifica el artículo 52 del código procesal penal, el cual queda así: «Artículo 52. Distribución. La Corte Suprema de Justicia distribuirá la competencia territorial y reglamentará el funcionamiento, organización, administración y distribución de los jueces de paz, de narcoactividad y delitos contra el ambiente, de primera instancia, tribunales de sentencia, salas de la corte de apelaciones y jueces de ejecución, en forma conveniente.»

Esta ley sustituye el capítulo II, Sección Primera, Sección Tercera y Sección Cuarta del título I de las Disposiciones Finales del Código Procesal Penal, derogándose los artículos 527 a 537 y 540 a 544, y cualquier otra disposición que se oponga o limite las atribuciones y funciones contenidas en esta ley.

Artículo 74. **Vacatio legis.** Esta ley entrará en vigencia a partir de los seis meses de su publicación en el Diario Oficial. Al momento de su entrada en vigencia, deberán haberse aprobado los reglamentos que esta ley establece, para lo cual, el Consejo del Instituto deberá estar conformado con la suficiente anticipación.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU PUBLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO.

LEY DEL SERVICIO PÚBLICO DE DEFENSA PENAL

**CONGRESO DE LA REPUBLICA DE GUATEMALA
DECRETO NUMERO 129-97**

El Congreso de la República de Guatemala,

CONSIDERANDO:

Que es indispensable regular todo lo concerniente a la organización de justicia, y la instauración de mecanismos diseñados para procurar la igualdad en la defensa de los derechos;

CONSIDERANDO:

Que es importante garantizar el derecho de defensa, como derecho fundamental y como garantía operativa en el Proceso Penal, y como tal ha sido reconocida en el Artículo 12 de la Constitución Política de la República de Guatemala;

CONSIDERANDO:

Que se debe asegurar a toda persona el acceso a la defensoría pública gratuita, con prioridad a personas de escasos recursos, finalidad que garantiza el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad, proporcionando, a los ciudadanos que lo precisen, un sistema rápido y eficaz de justicia gratuita,

PORTANTO,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere al Artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República,

DECRETA:

La siguiente

LEY DEL SERVICIO PÚBLICO DE DEFENSA PENAL

**TITULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

CAPITULO I

AMBITO DE ACTUACION

Artículo 1.- Creación. Se crea el Instituto de la Defensa Pública Penal, organismo administrador del servicio público de defensa penal, para asistir gratuitamente a personas de escasos recursos económicos. También tendrá a su cargo las funciones de gestión, administración y control de los abogados en ejercicio profesional privado cuando realicen funciones de defensa pública.

El Instituto gozará de autonomía funcional y total independencia técnica para el cumplimiento de su función.

Artículo 2.- Eficacia. El Instituto de la Defensa Pública Penal, como autoridad para la aplicación de la presente ley, asegurará la eficacia en la prestación del servicio público de defensa penal a personas de escasos recursos.

Contará con los recursos e insumos necesarios, como responsable directo de la provisión del servicio.

En su función reconocerá el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de la población guatemalteca.

Artículo 3.- De los Defensores Públicos. El Instituto de la Defensa Pública Penal se compone de defensores de planta y defensores de oficio, ambos considerados como defensores públicos.

Los defensores de planta son los funcionarios incorporados con carácter exclusivo y permanente en el Instituto.

Los defensores de oficio son los abogados en ejercicio profesional privados asignados por el Instituto para brindar el servicio de asistencia jurídica gratuita.

Todos los abogados colegiados del país forman parte del servicio público de defensa penal.

Artículo 4.- Función del servicio público de defensa penal. El servicio público de defensa penal tiene competencia para:

1. Intervenir en la representación de las personas de escasos recursos económicos sometidas a proceso penal, a partir de cualquier sindicación que las señale como posibles autores de un hecho punible o de participar en él, incluso, ante las autoridades de la persecución penal.
2. Asistir a cualquier persona de escasos recursos que solicite asesoría jurídica cuando ésta considere que pudiera estar sindicada en un procedimiento penal.
3. Intervenir, a través de los defensores de oficio, cuando la persona no tuviere o, no nombrare defensor de confianza, en las formas que establece la ley.

Artículo 5.- Gratuidad. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas cuyos ingresos sean inferiores al triple del salario mínimo, más bajo.

Los usuarios del servicio gozarán del beneficio de asistencia jurídica gratuita desde el momento en que lo necesiten.

Oportunamente, el Instituto comprobará, a través de personal calificado que realizará la averiguación correspondiente, si el usuario es merecedor de dicho beneficio. En caso negativo, el usuario asumirá el reembolso correspondiente a los honorarios profesionales conforme arancel y costas procesales ocasionados.

CAPITULO II PRESTACION DEL SERVICIO

Artículo 6.- Solicitud de defensor público. Es deber de los Jueces, del Ministerio Público, la Policía y demás autoridades encargadas de la custodia de detenidos, solicitar un defensor público al Instituto de la Defensa Pública Penal cuando el imputado no hubiere designado defensor de confianza.

Cuando el imputado estuviere privado de su libertad, además de los nombrados, cualquier persona podrá realizar la solicitud.

El Instituto podrá intervenir de oficio en las situaciones señaladas en los párrafos anteriores.

En todos los casos, el defensor público atenderá la solicitud, requiriendo posteriormente su designación al Juez en el proceso, si correspondiere.

Artículo 7.- Asignación de casos. La Dirección General del Instituto establecerá los criterios para la asignación y distribución de casos y carga de trabajo, de acuerdo a los términos de la presente ley, el reglamento que al efecto se dicte y las necesidades del servicio público de defensa penal.

TITULO II ORGANIZACION DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL

CAPITULO I INTEGRACION

Artículo 8.- Integración. Integran el Instituto de la Defensa Pública Penal:

- 1) La Dirección General;
- 2) Los Defensores Públicos;
- 3) Personal Auxiliar y Administrativo;
- 4) Personal Técnico: conformado por investigadores y cualquier otro personal necesario para cumplir las funciones de la defensa pública.

CAPITULO II
DIRECCION GENERAL

SECCION PRIMERA
DIRECTOR GENERAL

Artículo 9.- Titularidad. La Dirección General es ejercida por un Director General, quien será el representante legal del Instituto de la Defensa Pública Penal, que dura cinco años en sus funciones, pudiendo ser reelecto por un periodo más.

Artículo 10.- Nombramiento. El Director General es elegido por el pleno del Congreso de la República, de una terna propuesta por el Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal, previsto en esta ley.

En caso de muerte, renuncia o vacancia del cargo, se procederá de igual forma.

Artículo 11.- Requisitos. Para ser elegido Director General, deberá contarse con los siguientes requisitos:

1. Ser abogado colegiado activo, con un mínimo de 5 años de colegiatura;
2. Acreditar amplia experiencia en materia penal;
3. Haber ejercido como defensor público de oficio, en funciones judiciales o de la carrera del Ministerio Público, que requieran el título de abogado, durante un tiempo mínimo de 5 años, pudiéndose sumar los tiempos parciales en cada uno de ellos a los efectos del cómputo exigido; o en su caso, ser Abogado en ejercicio profesional privado con experiencia penal o en Administración.

Artículo 12.- Funciones. Son funciones del Director General:

1. Realizar una gerencia eficaz y dinámica del servicio, para la protección integral del derecho de defensa, para lo cual podrá dictar resoluciones generales;
2. Nombrar y remover a los subdirectores del Instituto de la Defensa Pública Penal y, a los coordinadores departamentales;
3. Elaborar el anteproyecto del Reglamento del Instituto, que deberá ser aprobado por el Consejo;
4. Aplicar las sanciones disciplinarias previstas por faltas cometidas por los defensores públicos de planta, de oficio y demás personal del Instituto de la Defensa Pública Penal en el ámbito de sus funciones;
5. Nombrar, designar y remover a los defensores de planta y defensores de oficio, de acuerdo a las previsiones y requisitos de la presente ley y su reglamento;
6. Elaborar un informe anual que deberá ser remitido al Congreso de la República;
7. Celebrar convenios de cooperación institucional, técnica y académica, con instituciones públicas y privadas, nacionales o extranjeras, que sean necesarios para el fortalecimiento del Instituto de la Defensa Pública Penal;
8. Elaborar el proyecto de presupuesto anual de ingresos y egresos del instituto, remitiéndolo al Ejecutivo y al Congreso de la República en la forma y plazo que establezcan las leyes específicas;
9. Establecer los criterios para la asignación y distribución de casos de defensa pública y carga de trabajo, y el sistema de turnos para asegurar una cobertura íntegra y eficiente del servicio garantizando la presencia de un defensor público para los detenidos en sede policial que lo necesitaran;
10. Elaborar los programas de capacitación conducentes para un desempeño más eficaz y eficiente del servicio;
11. Desempeñar las demás funciones pertinentes en cumplimiento de los fines de la institución.

Artículo 13.- Asistencia y representación en casos. El Director General podrá ejercer asistencia y representación en ambos casos, quedando a su criterio esa decisión.

Artículo 14.- Remoción. El Pleno del Congreso de la República podrá remover al rector General, por grave incumplimiento de sus funciones.

El pedido de remoción deberá solicitarlo el Consejo del Instituto, necesitando para ello el voto favorable de dos tercios del total de miembros del mismo.

SECCION SEGUNDA

DIVISION ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA

Artículo 15.- Integración. La Dirección General tendrá una División Administrativa y Financiera.

Artículo 16.- División Administrativa y Financiera. La División Administrativa y financiera tendrá a su cargo todos los aspectos relativos al apoyo de la gerencia eficaz del Instituto y de los defensores del servicio.

El responsable de esta división establecerá los casos de reembolso a los que alude el último párrafo del artículo 5 de esta ley.

SECCION TERCERA

SECCIONES DE DIVISION TERRITORIAL

Artículo 17.- Secciones departamentales. Titularidad. Se establece una sección departamental del Instituto de la Defensa Pública Penal en cada uno de los departamentos del país.

Las secciones departamentales del interior del país estarán compuestas por un máximo de tres defensores de planta, uno de los cuales será el que asuma las funciones de coordinador de acuerdo a las directrices que emanen del Director General y conforme las atribuciones que les asigna la presente ley, atendiendo a las características específicas de cada lugar.

El Coordinador es un defensor público de planta nombrado por el Director General y responsable del buen funcionamiento del servicio público de defensa penal en su departamento.

Artículo 18.- Funciones del Coordinador Departamental. Corresponden al Coordinador Departamental las siguientes funciones:

1. Supervisar el trabajo de los defensores públicos de planta y de oficio en su sede, y del personal de apoyo, informándolo al Director General;
2. Recibir los casos del servicio público de defensa penal en su departamento asignado y nombrando a los defensores públicos que conocerán del mismo;
3. Ejercer como defensor de planta;
4. Ejercer las funciones que la Dirección General le delegue;
5. Las demás funciones inherentes al desempeño de su cargo.

Artículo 19.- Municipios. En los municipios donde haya un Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, el Servicio Público de Defensa Penal estará integrado por un defensor de planta.

Cuando sea necesario por el número de procesos que se lleve, se podrá ampliar el número de defensores que establece el presente artículo.

Artículo 20.- Sección Metropolitana. La Sección Metropolitana estará integrada por 25 defensores de planta.

Artículo 21.- Ampliación del Servicio. Cada vez que se establezca un nuevo Juzgado de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, en los municipios donde no existan, se dará cumplimiento a la norma establecida en el artículo 19 de esta ley.

Artículo 22.- Financiamiento extraordinario del Servicio. El número de defensores públicos podrá incrementarse en base a fuentes extraordinarias de financiamiento, sujeto a las condiciones del mismo.

CAPITULO III

CONSEJO DEL INSTITUTO DE LA DEFENSA PÚBLICA PENAL

Artículo 23.- Del Consejo. El Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal lo integran:

- a) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia;
- b) El Procurador de los Derechos Humanos;
- c) Un representante del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala;
- d) Un representante de los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades del país.
- e) Un representante de los Defensores de Planta, electo por la Asamblea de Defensores.

Los miembros especificados en los literales c), d) y e) durarán en sus cargos tres años, pudiendo nuevamente ser nombrados.

La elección del presidente del Consejo se realizará conforme al procedimiento interno establecido por el Reglamento.

Exceptuando a los miembros del Consejo establecidos en los literales c), d) y e), los demás integrantes podrán delegar sus funciones en quienes consideren pertinente. Quedará válidamente constituido el Consejo, con la concurrencia de la mitad más uno de sus miembros. El mismo quórum bastará para la celebración de sesiones; las decisiones del Consejo se adoptarán con el voto de la mitad más uno de sus concurrentes.

El Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal deberá comparecer a las sesiones del Consejo con voz pero sin voto, pudiendo excluirse solamente en los casos que señala la literal c) del artículo 24 de esta ley y en el supuesto que se discutiera la prórroga de su mandato.

Artículo 24.- Funciones. Las funciones del Consejo serán las siguientes:

- a) Conformar la terna de postulantes para el cargo de Director General que será presentada ante el Congreso de la República;
- b) Aprobar los Reglamentos propuestos por la Dirección General;
- c) Formular el pedido de remoción del Director General ante el Congreso de la República, si hubiere incurrido en grave incumplimiento de sus funciones;
- d) Resolver las apelaciones de los expedientes disciplinarios en la forma que se establezca en el reglamento respectivo en relación a las sanciones por faltas muy graves;
- e) Dictar las políticas generales de administración del Instituto de la Defensa Pública, la expansión y atención del servicio.

TITULO III DE LOS DEFENSORES PUBLICOS

CAPITULO I DERECHOS Y DEBERES

Artículo 25.- Independencia técnica. Los defensores públicos gozan de independencia técnica, sin ninguna clase de restricción, influencia o presión.

El defensor podrá intercambiar opiniones técnicas en el ámbito del Instituto de la Defensa Pública Penal, y recibir instrucciones y sugerencias para una defensa eficaz.

Artículo 26.- Confidencialidad. Se garantiza una fluida y reservada comunicación entre el defensor público y su representado.

En la actividad que desempeñen los defensores públicos, evitarán cualquier conflicto de interés y violación del secreto profesional.

Artículo 27.- Comunicación. Los defensores públicos tienen derecho a comunicar información relacionada de sus actividades profesionales, siempre que no perjudiquen a su defendido ni a las funciones del Instituto de la Defensa Pública Penal, conforme se establezca en el reglamento.

Artículo 28.- Respeto debido. En el ejercicio de su cargo, al defensor público se le debe el mismo respeto que a los demás sujetos procesales.

Los jueces, fiscales, policía y otras instituciones, deberán prestarles a los defensores públicos, la colaboración

necesaria para el buen desempeño de sus funciones a las defensas que les sean asignadas. No podrá identificarse a los defensores con los casos que patrocinan.

Artículo 29.- Deber esencial. El defensor público deberá desempeñarse en forma eficiente y eficaz, con lealtad a su representado y atendiendo la realidad pluricultural.

Deberá mantener personalmente informado al representado sobre las circunstancias de su proceso.

Para el ejercicio de su cargo se guiará por los deberes ético profesionales.

Artículo 30.- Obligaciones. Los defensores públicos deben respetar las normas legales y reglamentarias del Instituto de la Defensa Pública Penal, además de las siguientes:

- a) Prestar la debida asistencia jurídica y trato respetuoso a sus patrocinados;
- b) Comportarse de manera decorosa durante el desempeño de sus funciones.

Artículo 31.- Relaciones entre el defensor público y su representado. El defensor público atenderá las indicaciones de su defendido, pero mantendrá su independencia técnica para la solución del caso penal que resulte más beneficiosa para el imputado.

Ello no obstante, se garantiza el ejercicio de la defensa técnica en todas las instancias, asegurando la adecuada representación requerida por el imputado en el caso concreto.

El defensor no podrá obligar al representado a la elección de alternativas o procedimientos que dependan de su voluntad.

Artículo 32.- Representación. La asignación que recaiga en un defensor público sobre un caso penal, torna obligatoria su gestión en el mismo, salvo que acredite fehacientemente hallarse o encontrarse en las circunstancias siguientes:

- 1) Impedimento físico o psíquico que afecte su capacidad de trabajo y no pueda hacerse cargo del caso;
- 2) Ser mayor de 65 años de edad;
- 3) Interés contrapuesto o incompatibilidad insuperable con el necesitado de asistencia;
- 4) La representación que pueda crear conflicto de interés en los términos que establece el artículo 95 del Código Procesal Penal, debe ser rechazada por los abogados que se desempeñen como defensores públicos, como garantía de la independencia y lealtad de la defensa técnica;
- 5) No ejercer la abogacía; y
- 6) Ejercer cargo o función pública.

Siempre que lo acepte el defendido, el designado como defensor de oficio podrá contratar a su costa a otro abogado colegiado, para que coadyuve o lo sustituya en la defensa.

La defensa común de varios imputados en un mismo procedimiento por un defensor de planta o de oficio es, en principio, inadmisibles, salvo cuando no exista contradicción de intereses entre los procesados.

En todos los casos, el Director y los Coordinadores departamentales resolverán en definitiva. Pero hasta tanto, comenzará a actuar provisionalmente el defensor público asignado para cubrir la urgencia.

La persona asistida solo puede solicitar la sustitución del defensor designado argumentando:

- 1) Manifiesta falta de idoneidad para atender el caso;
- 2) Grave negligencia o descuido, en la prestación del servicio; y,
- 3) Interés contrapuesto con el defensor designado.

Artículo 33.- Continuidad. En lo posible, el mismo defensor público realizará su función en el proceso hasta la sentencia que cause estado, agotando las vías impugnativas precedentes, todo ello sin perjuicio de las decisiones que al respecto pueda dictar el Director General.

Para la etapa de ejecución, se asignará el caso a un defensor público de planta, o de oficio si fuere necesario, especializado en la materia.

El Director General puede asignar defensores públicos especiales para asesorar en procesos o etapas específicas al abogado principal, quien en principio, tendrá la responsabilidad del mismo hasta su finalización.

CAPITULO II

DEFENSORES DE PLANTA DEL INSTITUTO

Artículo 34.- Funciones. Los defensores públicos de planta tendrán a su cargo, exclusiva-mente, la asistencia en procesos penales de personas consideradas de escasos recursos, con-forme lo establecido en esta ley.

Artículo 35.- Nombramiento. Los defensores públicos de planta serán nombrados por el Director General, previa selección por concurso público de mérito y oposición, dirigida por el Comité de Selección, normado reglamentariamente.

El Instituto adoptará una política de integración en su seno, de abogados pertenecientes a los diferentes grupos étnicos del país.

Artículo 36.- Juramento. Los defensores públicos prestarán juramento de desempeñar su cargo con independencia, eficiencia, diligencia y lealtad profesional.

Artículo 37.- Requisitos. Para acceder al cargo de defensor público de planta se requiere:

- 1) Ser abogado colegiado activo;
- 2) Acreditar experiencia en materia penal;
- 3) Haber superado las pruebas establecidas mediante concurso público de mérito y oposición;
- 4) Cuando así lo considere el Consejo del Instituto, la obligación de asistir a cursos o estudios especializados.

Artículo 38.- Duración del cargo. Los defensores públicos de planta tendrán estabilidad en sus funciones y categorías de acuerdo a lo que establezca la reglamentación de la carrera del defensor público.

Artículo 39.- Remuneración. Los defensores de planta percibirán por su trabajo una contraprestación mensual apropiada, y las prestaciones que por ley correspondan, de acuerdo a las distintas categorías que establezca la carrera del defensor público.

No recibirán por sus servicios ninguna otra remuneración que la señalada.

En los casos en que exista condena en costas a la parte contraria, éstas pertenecerán al Instituto de la Defensa Pública Penal, que perseguirá la ejecución de lo adeudado.

Artículo 40.- Incompatibilidades. Es incompatible con la función de defensor público de planta:

- 1) El ejercicio privado de la profesión, con la excepción de la intervención en asuntos de interés propio, siempre cuando no interfieran en el ejercicio de sus funciones oficiales;
- 2) El desempeño de cargos políticos;
- 3) Cualquier otra actividad, empleo o cargo público o privado remunerado, salvo la docencia y actividades vinculadas, y en tanto no interfiera en sus funciones.

Artículo 41. Régimen disciplinario. La Dirección General puede aplicar sanciones a los defensores públicos de planta y de oficio que en el desempeño de sus cargos, incumplan los deberes que emanen del ejercicio de sus funciones, conforme lo establecido en los artículos 29 y 30 de esta ley.

Para la imposición de una sanción, se tendrá en cuenta la gravedad del hecho cometido y los perjuicios efectivamente causados. Las sanciones consistirán en:

- 1) Llamada de atención verbal;
- 2) Llamada de atención escrita;
- 3) Suspensión de hasta tres meses de empleo, sin goce de sueldo;
- 4) Remoción del cargo.

En todos los casos, el defensor público de planta contará con las garantías del debido proceso para ofrecer su descargo.

Todas las sanciones firmes se anotarán en el expediente del defensor público de planta, sin perjuicio de que transcurridos un plazo máximo de dos años sin recibir nuevas sanciones, sean canceladas automáticamente del mismo.

CAPITULO III

ABOGADOS DE OFICIO O EN EJERCICIO PROFESIONAL PRIVADO

ASIGNADOS COMO DEFENSORES PUBLICOS

Artículo 42.- *Obligatoriedad al servicio.* Todo abogado colegiado pertenecerá al Instituto de la Defensa Pública Penal y tendrá, salvo los casos establecidos en el artículo 32, la obligación de prestar sus servicios conforme a la reglamentación pertinente.

Este deber se limita al ámbito territorial de competencia del tribunal dentro del cual el abogado tiene su domicilio profesional: si ejerce en distintas circunscripciones, elegirá en cuál de ellas integrará el Instituto de la Defensa Pública Penal y comunicará su elección en el tiempo que éste determine. Si no lo hiciera, se tendrá como lugar de residencia el que aparece en el padrón del Colegio. En los primeros veinte días de enero de cada año, el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala remitirá el listado correspondiente a la Dirección General del Instituto.

Artículo 43.- *Funciones del Defensor de Oficio.* El Instituto Público de la Defensa Penal designará abogados en ejercicio profesional privados como defensores de oficio para la asistencia en procesos penales de personas de escasos recursos, especialmente en los que proceda una figura de desjudicialización, con el objetivo de permitir a los defensores de planta concentrar su atención en los asuntos penales en los que no proceda la disposición de la acción penal pública. Asimismo, el Instituto asignará defensores de oficio para la defensa de todas las personas inculpadas que teniendo capacidad económica superior a la estipulada en el artículo 5 de esta ley se nieguen a nombrar defensor particular.

Artículo 44.- *Asignación de casos.* El Director General del Instituto, los subdirectores y los coordinadores departamentales, cuando correspondiere de acuerdo al reglamento, harán la respectiva asignación de asuntos criminales de aquellos casos en que los patrocinados no sean e escasos recursos conforme a esta ley, desde el momento mismo en que aparezca sindicada una persona por una infracción criminal, por riguroso orden entre los abogados de la respectiva lista elaborada por la Dirección General, que tengan los requisitos señalados en el artículo siguiente, conforme a un registro que se llevará al efecto. En este caso, las personas asistidas pagarán conforme el Arancel de Abogados al Instituto Público de la Defensa Penal.

Artículo 45.- *Requisitos.* Para servir como defensor de oficio, se requiere:

- 1) Ser abogado colegiado activo;
- 2) Haber superado los cursos implementados por el Instituto, cuando éstos se impartan en el distrito donde ejerce el abogado;
- 3) Otros requisitos que establezca la Dirección General del Instituto.

El control y la dirección del trabajo desempeñado por los abogados de oficio será ejercido por el Instituto, en la forma y manera en que éste determine. En caso de que no existiere abogado voluntario podrá llamarse a cualquier abogado colegiado de preferencia con experiencia penal.

Artículo 46.- *Honorarios.* La intervención de profesionales designados de oficio para la asistencia, defensa y representación gratuita, solo podrá ser retribuida mediante el pago de honorarios que realizará el Instituto de la Defensa Pública Penal.

Se crea la Comisión Nacional de fijación de aranceles para la Defensa Pública, la cual se integra por:

- 1) El Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal, quien lo preside;
- 2) El Presidente del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala o su representante;
- 3) El Director del Bufete Popular de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Dicha comisión fijará cada dos años en el mes de enero, el arancel de honorarios de defensores de oficio que se hará constar en acta firmada por todos sus integrantes, la cual se publicará en el Diario Oficial y tendrá vigencia por dos años.

Para determinar dicho arancel se considerará necesariamente:

- 1) La partida presupuestaria asignada al Instituto para el pago de defensores de oficio y el número de casos promedio por año conforme a las estadísticas y previsiones de la Institución;
- 2) Los servicios prestados por los defensores de oficio en cada etapa procesal; y,
- 3) El hecho de que se trata de un servicio público y de un incentivo a los profesionales del derecho para que cumplan con su deber de asistencia social.

Se establecen unidades de pago para la determinación de honorarios, las cuales serán del valor equivalente al promedio de un galón de gasolina extra o super. El pago de honorarios no podrá ser menor de quince (15) unidades ni mayor de un mil (1000).

Artículo 47.- Casos de renuncia y abandono. El Colegio de Abogados establecerá acciones concretas para evitar la renuncia y abandono de casos por abogados particulares.

En los casos de abandono, cuando se solicite la intervención del Instituto de la Defensa Pública Penal, el proceso será llevado por un defensor público de planta o de oficio, según corresponda.

El subdirector administrativo perseguirá el cobro de las costas provocadas por el reemplazo, según lo preceptuado por el artículo 105 del Código Procesal Penal.

La Dirección General informará al Tribunal de Honor de los casos de abandono, para que tome la acción correspondiente. La Dirección podrá amonestar en forma privada o pública a los defensores de oficio y ordenar la retención de honorarios en el caso concreto en que haya cometido la falta.

Artículo 48.- Colaboración de abogados voluntarios. La Dirección General podrá acordar con abogados litigantes su colaboración para la prestación del servicio público de defensa penal.

Artículo 49.- Abogados del Padrón del Colegio de Abogados. Sólo en los casos en que, no obstante todas las previsiones de este ordenamiento sea de cumplimiento imposible la intervención de un defensor público asignado por el Instituto de la Defensa Pública Penal, y cuando la urgencia lo exija, el juez o la autoridad que corresponda, designará en resolución fundamentada, a cualquier abogado colegiado de los que actúan en la sede del Tribunal. Este abogado tendrá la obligación de asistir en la emergencia, siendo remunerado por ello, conforme lo establecido en el artículo 46 de esta ley, y hasta que el Director o Coordinador Departamental pueda a asignar otro abogado.

CAPITULO IV UNIVERSIDADES

Artículo 50.- Estudiantes. Los estudiantes de derecho de todas las universidades de la República, podrán participar dentro del servicio asistiendo a los defensores en las diferentes actividades procesales, diligencias y debates, conforme a los convenios que el instituto celebre con los Bufetes Populares.

Artículo 51.- Pasantías. El Director General del Instituto de la Defensa Pública Penal tiene la facultad de organizar pasantías en materia penal y en otras afines, por los mecanismos que estime convenientes.

TITULO IV PERSONAL DE APOYO TECNICO Y ADMINISTRATIVO

CAPITULO UNICO

Artículo 52.- *Personal de apoyo.* Cada sección del Instituto deberá contar con los empleados necesarios para el cumplimiento de las funciones que se les asignan.

Artículo 53.- *Asistentes.* Es requisito para ser nombrado asistente del Instituto:

- 1) Haber aprobado los estudios de los primeros tres años de una Facultad de Derecho;
- 2) Ser alumno regular al momento de ingreso al servicio; y
- 3) Haber superado las evaluaciones respectivas.

Les está prohibido ejercer los derechos que esta ley le asigna a los defensores públicos.

Artículo 54.- *Personal técnico y administrativo.* El personal asignado a la división administrativa y financiera realizará las funciones que le asigne la dirección. Para optar a estos cargos deberá superar las evaluaciones correspondientes.

Artículo 55.- *Derechos y Deberes.* Los asistentes y el personal de apoyo técnico y administrativo tendrán todos los derechos que la Constitución y las leyes laborales asignan a los empleados públicos.

El Reglamento del Instituto de la Defensa Pública Penal establecerá las normas a las que deberán ajustar su accionar en su trabajo.

El Reglamento atenderá a los principios de especialidad, antigüedad, e idoneidad para establecer las categorías de los mismos.

TITULO V REGIMEN ECONOMICO Y FINANCIERO

CAPITULO UNICO

Artículo 56.- *Presupuesto.* El Congreso de la República asignará anualmente en el Presupuesto General de Ingresos y Egresos del Estado, los recursos necesarios para cubrir los gastos del Instituto de la Defensa Pública Penal. La ejecución del presupuesto estará sujeta a los controles y fiscalización de los órganos correspondientes del Estado.

Artículo 57.- *Otras fuentes de financiamiento.* Integrarán los fondos del Instituto de la Defensa Pública Penal:

- 1) Las sumas resultantes de los reembolsos que correspondan, de acuerdo al artículo 5 de esta ley;
- 2) El cobro de las costas procesales a la parte contraria, en tanto correspondan;
- 3) Las donaciones, herencias y legados;
- 4) Los fondos resultantes del pago de la cuota establecida por la no prestación del servicio público de defensa penal;
- 5) Las sumas percibidas por concepto de honorarios, de acuerdo al artículo 44 de esta ley.

TITULO VI DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

CAPITULO UNICO

Artículo 58.- *Nombramiento por mérito.* Dentro de los tres primeros meses de estar en vigencia esta ley, todos los defensores de planta deberán someterse a un concurso público de mérito y oposición que reglamentariamente se indique.

Artículo 59.- Convenio de transferencia con el Organismo Judicial. El Instituto de la Defensa Pública Penal y el Organismo Judicial, celebrarán los convenios necesarios para la transferencia de recursos y servicios para el buen funcionamiento de la institución.

Artículo 60.- Director transitorio. El actual Director del Servicio Público de Defensa Penal continuará en sus funciones por un período improrrogable de un año a partir de entrar en vigencia la presente ley, sin perjuicio de que pueda ser reelecto por el procedimiento establecido en esta ley.

Artículo 61.- La Corte Suprema de Justicia continuará financiando al Instituto, hasta tanto el Congreso de la República establezca la partida presupuestaria correspondiente y el Ministerio de Finanzas provea los fondos respectivos.

Artículo 62.- Se reforma el artículo 52 del Código Procesal Penal, el cual queda así:

«**Artículo 52.- Distribución.** La Corte Suprema de Justicia distribuirá la competencia territorial y reglamentará el funcionamiento, organización, administración y distribución de los Jueces de Paz, de Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, de Primera Instancia, Tribunales de Sentencia, Salas de la Corte de Apelaciones y Jueces de Ejecución en forma conveniente.»

Artículo 63.- Disposiciones derogatorias. Esta ley deroga parcialmente el capítulo II, Sección Primera, Sección Tercera y Sección Cuarta del título I de las Disposiciones Finales, derogándose los artículos 527 a 537 y 540 a 544 del Decreto Número 51-92 del Congreso de la República, Código Procesal Penal y cualquier otra disposición que se oponga o limite las atribuciones y funciones contenidas en esta ley.

Artículo 64.- Vacatio legis. Esta ley entrará en vigencia a partir de los seis meses de su publicación en el diario oficial.

PASE AL ORGANISMO EJECUTIVO PARA SU SANCION PROMULGACION Y PUBLICACION.

DADO EN EL PALACIO DEL ORGANISMO LEGISLATIVO, EN LA CIUDAD DE GUATEMALA A LOS CINCO DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE.

ARABELLA CASTRO QUIÑONEZ
PRESIDENTA
ANGEL MARIO SALAZAR MIRON
SECRETARIO
MAURICIO LEON CORADO
SECRETARIO

PALACIO NACIONAL: Guatemala, ocho de enero de mil novecientos noventa y ocho.

PUBLIQUESE Y CUMPLASE

LUIS ALBERTO FLORES ASTURIAS
Presidente de la República en Funciones

La presente Ley del Servicio Público de Defensa Penal fue aprobada por el Congreso de la República el día 5 de diciembre de 1997.

Publicada en el diario oficial el día 13 de enero de 1998.

Entrará en vigencia el día 13 de julio de 1998.

DIEZ PRINCIPIOS RECTORES DE SISTEMAS DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE DEFENSA PÚBLICA EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

SILVINA MANES

Defensora Pública Oficial ante la Justicia Nacional en lo Correccional de la República Argentina.

*"I am a Public Defender
I am the guardian of the presumption of innocence
My clients are the indigent accused.
They are the lonely, the friendless.
There is no one to speak for them but me.
My voice will be raised in their defense.
I will protect and defend my clients and the Constitution
Of the United States and the State of Florida.
So help me God"
-adoptado del Defender's Credo y State Law of Florida-*

Introducción

Acta Modelo de Defensa Pública¹: reconocimiento del derecho a contar con un defensor a personas indigentes

A partir de decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos de América² como *Gideon v. Wainwright*³, *Escobedo v. Illinois* y *Miranda v. Arizona*⁴, surgió la conveniencia de fijar un procedimiento para garantizar la protección de los derechos de personas indigentes acusadas de un crimen en concordancia con los mandatos constitucionales, y de un sistema organizado y estructurado, a través del cual se les pudiera proveer, a expensas del Estado, asistencia adecuada y otras facilidades.

En cuanto al aseguramiento de la debida provisión de un defensor a imputados nece-

sitados, *Gideon v. Wainwright* otorgó el mismo derecho a la representación legal de personas indigentes acusadas de un crimen en una Corte Estatal previsto en la Enmienda 14^a.⁵ (protección equitativa o debido proceso) que la Enmienda 6^a.⁶ otorgaba a los acusados por crímenes en Cortes Federales. El requerimiento mínimo de representación por lo tanto debió ser encontrado no sólo en el reconocimiento expreso hecho en *Gideon* sino también en lo que la Corte había previamente determinado respecto de procedimientos federales bajo la 6^a. Enmienda.

De acuerdo a la opinión mayoritaria, escrita por el Juez Black "... *ninguna persona llevada a Corte, que es demasiado pobre para contratar un abogado, se le puede asegurar un juicio justo, a menos que se le provea de un abogado*". La representación estaba asegurada "*a menos que sea completamente y a conciencia desistida*"

1 El Acta Modelo de Defensa Pública fue aprobada en La Conferencia Nacional de Comisionados en leyes estatales uniformes que se reunió en 1970. La finalidad de este Acta fue doble: actualizar y reafirmar las garantías previstas por el Acta Modelo de Defensa de Personas Necesitadas aprobada en el año 1966 y aconsejar a los estados sistemas de defensa (conforme Nota preliminar del Acta Modelo de Defensa Pública).

2 A partir de ahora, Corte Suprema

3 372 U.S. 335 (1963)

4 384 U.S. 436 (1966)

5 14^a. Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América

6 6^a. Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América

(citando *Johnson v. Zerbst*⁷ el primer caso en que se extendió el derecho a un abogado para personas necesitadas). Al mismo tiempo, en *Douglas v. California*⁸ la Corte extendió el derecho a un abogado de personas indigentes incluyendo al menos la primer apelación.

Como necesario correlato de la defensa, además de los servicios de un abogado, la Suprema Corte en *Griffin v. Illinois* y *Draper v. Washington* aseguró el derecho a una transcripción gratis de su apelación en casos de crímenes federales a favor de personas necesitadas.

El derecho a un abogado de acusados en causas criminales cubre cada etapa del procedimiento en su contra. Incluye la acusación y la audiencia preliminar. En *Escobedo* la Corte Suprema sostuvo que bajo algunas circunstancias, al menos una persona arrestada por homicidio tiene el derecho constitucional de contar con la presencia de un abogado cuando la policía lo interroga como sospechoso. De acuerdo a ello, se excluye una confesión obtenida mientras el abogado designado por el acusado no presenció el interrogatorio. En base a *Gideon* y *Escobedo* al igual que en *Miranda*, la Corte Suprema extendió la misma protección a sospechosos necesitados.

En *Miranda* la Corte Suprema sostuvo que una vez que una persona (en el caso, una persona necesitada) ha sido tomada en custodia por la policía, ninguna confesión, admisión o declaración exculpatoria hecha sin la presencia del abogado puede ser usada en su contra a no ser que, luego de ser completamente informado de sus derechos, haya renunciado voluntaria, consciente e inteligentemente a su derecho a contar con la presencia de un abogado.

A partir de estos casos ha quedado claro que

- la Suprema Corte extendió a los casos locales las protecciones provistas en casos Federales

- Extendió a personas necesitadas las protecciones reconocidas para personas con medios adecuados

- Hizo que el derecho a un abogado fuera absoluto sin depender de circunstancias particulares o de la naturaleza del delito (excepto respecto de ofensas insignificantes)

- Esto rigió desde el momento en que el sospechoso era tomado en custodia o llevado a la corte para alegar

- Ello apuntó a extender la protección a todos los aspectos de una defensa adecuada incluyendo las necesarias facilidades para investigación y para el juicio de personas indigentes.

La propuesta del Acta Modelo de Defensa Pública no sólo fue hecha para definir los límites exactos del derecho a una defensa adecuada, antes bien, para estipular que las personas necesitadas debían gozar de la misma protección que personas con adecuados medios, y que en la medida en que no les fuera posible pagar por un abogado, se les debía otorgar el derecho de que el Estado pague por él⁹.

Repaso de los estándares nacionales sobre provisión de servicios de defensa en casos criminales

Reconocido el derecho de personas indigentes acusadas de crímenes de contar con un abogado solventado por el Estado, también se inició el trabajo sobre la sistematización de distintos modelos de provisión del servicio de defensa pública.

En este último aspecto, cada jurisdicción estableció sistemas de defensores públicos de planta, planes de asistencia letrada asignada por las Cortes, la utilización de servicios de grupos de asistencia legal o alguna combinación de estos sistemas¹⁰.

7 304 U.S. 458 (1938)

8 372 U.S. 353 (1963)

9 Secciones 1-9 del Acta Modelo de Defensa Pública

10 *Uniform Law Commissioners Model Public Defender Act* (1979) Nota preliminar; ver www.nlada.org/standards

En 1967 el Presidente de la Comisión de Validez de la Ley y Administración de Justicia recomendó que "las jurisdicciones que todavía no han efectuado la opción de cambiar de un sistema de asignación de defensores por las Cortes a un sistema de asignación coordinada de defensores o un sistema defensa pública ... cada estado debería financiar el defensor asignado o los sistemas de defensa sobre bases reguladas a través de todo el territorio."¹¹.

La Conferencia Nacional de Defensores, llevada a cabo en 1969 recomendó que cada Estado debía tener una organización de nivel estatal encabezada por un defensor general o un director de defensa. Fue un intento de reducir la burocracia administrativa del personal de las Cortes y dotar de servicios de abogados defensores de más eficientes y experimentados respecto de personas necesitadas acusadas de crímenes¹².

La propuesta del acta preservaba las opciones de usar abogados designados por las Cortes y los servicios de oficinas de ayuda legal, pero con la previsión que estas opciones fueran adoptadas sobre bases coordinadas de nivel estatal.

La *American Bar Association*¹³ fue la primer organización en reconocer la necesidad de estándares actualizados respecto de la provisión de servicios de defensa en casos criminales, aprobando *los Estándares de la ABA para la Justicia Criminal, Provisión de Servicios de Defensa* (ahora en su 3er. Edición) en 1967. Los *Estándares de ABA para la Justicia Criminal, Función de la Defensa* los precedieron en 1971 y la *Guía de la ABA para la Designación y Actuación de Abogados en casos de pena de muerte* fueron adoptados en 1989.

Además, algunas otras organizaciones adoptaron estándares en esta área en las últimas tres

décadas: La *Asociación Nacional de Defensores y Ayuda legal* aprobó sus *Lineamientos para el desempeño de la representación de la defensa en casos criminales* en 1995, *Los estándares para la administración de sistemas de asignación de abogados* en 1989. El *Instituto de Administración Judicial* colaboró con la ABA para crear la *IJA/ABA Estándares de justicia juvenil*, totalizando 23 volúmenes aprobados en 1979 a 1980, entre otros¹⁴.

En términos generales, estos estándares contienen los requisitos mínimos para la cubrir representación legal en juicios, apelaciones, casos juveniles y pena de muerte, y son un cuerpo de directrices del servicio extremadamente útil.

Como pone de relieve la introducción a *los Estándares de la ABA para la Justicia Criminal, Función de la defensa* "Los estándares sobre la función de defensa han sido diseñados y aprobados por la ABA en un intento de indagar sobre una visión consensuada de todos los segmentos de la comunidad de la justicia criminal sobre cuan buena es la práctica profesional y como debería ser. De allí, estos son estándares extremadamente útiles para la consulta de abogados y jueces que quieren hacer 'lo correcto' o lo que es más importante, evitar hacer 'lo incorrecto'"¹⁵.

De todos modos, ellos han sido escritos en su mayor parte por abogados que brindan servicios de defensa, no por oficiales de gobierno o encargados de diseñar políticas, que son quienes en definitiva establecen los sistemas a través de los cuales estos servicios son prestados. En este sentido, el volumen de estos estándares impide a quienes diseñan sistemas introducirse en ellos para encontrar información relevante: esta maraña de directrices no ha satisfecho la particular necesidad de comunicar las políticas

¹¹ *Uniform Law...* nota preliminar

¹² *Uniform Law...* nota preliminar

¹³ A partir de ahora, ABA

¹⁴ Informe de Jonathan Ross, integrante del Comité de Ayuda Legal y Defensa de Indigentes de la ABA.

¹⁵ Informe *supra* 14

en materia de defensa hacia quienes son responsables del diseño y provisión de fondos de sistemas en niveles estatales y locales¹⁶.

Necesidad de políticas dirigidas a encargados de diseñar de sistemas de provisión de servicios de defensa pública

El Comité de Ayuda Legal y Defendidos Indigentes de la ABA¹⁷ brindó asistencia técnica en 50 estados a responsables de colegios de abogados, legisladores y otros interesados en mejorar los servicios de defensa pública¹⁸. A partir de ello advirtieron que en general las personas que tenían la responsabilidad de establecer o mejorar los sistemas de provisión de servicios de defensa pública no eran abogados y tenían poco a ningún conocimiento en el área de servicios de defensa criminal. No había entonces ninguna duda que quienes estaban tomando estas importantes decisiones bajo tan grandes restricciones temporales necesitaban una guía confiable. SCLAID recibió numerosos pedidos para que las políticas de la ABA fueran escritas y dirigidas a oficiales de gobierno y otros responsables de diseñar sistemas de provisión de defensa pública, ya que las políticas corrientes de la ABA (plasmadas en forma de numerosos conjuntos de estándares para la justicia criminal) no satisfacían las necesidades particulares, tal como se reseñó¹⁹.

Los Diez principios rectores de un sistema de provisión servicios de defensa pública.²⁰

El 5 de febrero del 2002 el SCLAID de la ABA recomendó la adopción o ratificación de

“Los Diez Principios” a fin de garantizar sistemas de provisión de servicios de defensa pública eficientes, efectivos y de alta calidad para personas acusadas de delitos que no pueden afrontar la contratación de un abogado particular.

Así también satisfacen la necesidad de comunicar los más importantes estándares en los que debe asentarse un sistema de provisión de servicios de defensa pública. Ellos proveen nuevas políticas dirigidas específicamente a los diseñadores de sistemas de prestación de servicios de defensa pública, otorgándoles la guía clara y concisa que necesitan para llevar a cabo su tarea.

Constituyen de esa manera, una guía práctica para oficiales de gobierno, diseñadores de políticas y otras partes encargadas de crear y fundar nuevos sistemas o mejorar los existentes mediante los cuales los servicios de defensa pública son prestados en sus jurisdicciones²¹.

Los encargados del diseño de estas políticas en general no son abogados, por lo que no se encuentran familiarizados con el entramado legal sobre defensa criminal, incluyendo una multitud de estándares nacionales sobre la discusión de lo que constituye una representación legal de calidad para acusados en causas criminales. “Los Diez Principios rectores de un sistema de provisión servicios de defensa pública” llenan esta necesidad, representan un esfuerzo de la ABA al seleccionar los estándares y compilarlos de modo conciso y fácilmente comprensible, incluyendo sólo aquellos criterios fundamentales que son absolutamente cruciales para ser seguidos por los responsables de diseñar sistemas, de modo tal garantizar una representación efectiva,

16 Informe *supra* 14

17 A partir de ahora SCLAID

18 Informe citado nota 9

19 Informe citado nota 9

20 A partir de ahora “Los Diez Principios”

21 “Los diez Principios” están basados en un trabajo titulado “*Las diez Directrices de sistemas de prestación de servicio de Defensa Pública*” escrito por James R. Neuhard, Director de la Oficina de Defensores de Apelaciones del Estado de Michigan y miembro fundador del Comité de Defendidos Indigentes de la ABA (SCLAID), y por Scott Wallace, Director de Servicios de Defensa Legal de la Asociación Nacional de Defensores y Ayuda legal.

eficiente, de alta calidad, ética, libre de conflictos para acusados criminales que no pueden afrontar la contratación de un abogado²².

Estos principios, en particular, proclaman la independencia de los sistemas de defensa, a fin de evitar influencias políticas; prevé la existencia de sistemas mixtos para evitar que la sobrecarga de trabajo afecte la calidad del servicio; asegura la intervención inmediata del abogado defensor desde el primer momento de la acusación y la comunicación defensor/defendido en lugares adecuados y con suficiente tiempo; garantiza el control del volumen de casos y la asignación de éstos conforme la capacidad del defensor de modo tal de no afectar la calidad del servicio; aconseja la unidad y continuidad de la defensa hasta la finalización del caso; garantiza la igualdad de armas de las partes y la jerarquización de la defensa en el sistema de justicia; finalmente reconoce la necesidad de capacitación permanente de los defensores, como también de supervisión y contralor para asegurar la calidad y eficiencia del servicio.

Conclusión

El mandato de *Gideon* entre otros precedentes, como también las exigencias de la Suprema Corte para proveer un abogado en todas las etapas de la acusación implica que los gobiernos estatales deben asumir el incremento de costos que significa proveer de un abogado a los pobres y el diseño de vías sistemáticas para encausar los requerimientos constitucionales de asegurar servicios de defensa para los necesitados.

Precisamente, a través de la resolución por la que se aprobó la adopción de "Los Diez Principios" la ABA plasmó las directrices fundamentales proveyendo por primera vez una guía práctica para oficiales de gobierno, diseñadores de políticas y otras partes que están encargadas de crear nuevos sistemas o, mejorar los existentes, para asegurar una representación efectiva, eficiente, de alta calidad, ética, sin conflictos legales de personas acusadas de delitos que no pueden afrontar la contratación de un abogado.

Asegurando una vigorosa representación legal para acusados indigentes, en el marco de sistemas de provisión de servicios de defensa pública basados en los lineamientos propuestos, se evitará poner en tela de juicio tanto la legitimidad de las condenas criminales como la probidad del sistema de justicia en su totalidad²³.

Apéndice

DIEZ PRINCIPIOS RECTORES DE SISTEMAS DE PROVISIÓN DE SERVICIOS DE DEFENSA PÚBLICA

1. La función de la defensa pública, incluyendo la selección, provisión de fondos y pago del abogado²⁴ defensor, es independiente. La función de la defensa pública debería ser independiente de influencias políticas y sujeta a supervisión judicial sólo de la misma manera y con la misma extensión que la de un defensor particular²⁵. Para asegurar independencia y promover eficiencia y calidad del servicio una comisión imparcial podría supervisar al defensor, al abogado asignado o al

22 Informe *supra* 14

23 General Attorney Janet Reno en www.nlada.org/history to right to counsel

24 "Abogado" es usado a partir de aquí como defensor de oficio, un abogado defensor en casos criminales, un abogado de planta, un abogado contratado o un abogado privado aceptando designaciones. "Defensa" es usado a partir de ahora en referencia a sistemas de defensa pública de adultos y juveniles.

25 Comisión Nacional Asesora sobre Estándares de Justicia Criminal, Capítulo 13, *La Defensa* (1973) [a partir de ahora "NAC-"], Estándares 13.8, 13.9; Comisión Nacional de estudio sobre servicios de Defensa, *Lineamientos para Sistemas de Defensa Legal en Estados Unidos* (1976) [a partir de ahora "NSC-"], Lineamientos 2.8, 2.18, 5.13; *American Bar Association*, Estándares para la Justicia Criminal, *Proveyendo Servicios de Defensa* (3ª. ed. 1992) [a partir de ahora "ABA-"], Estándares 5-1.3, 5-1.6, 5-4.1; Estándares para la Administración de sistemas de asignación de abogados (NLADA 1989) [a partir de ahora "Abogados asignados-"], Estándares 2.2; NLADA Lineamientos para Negociación y adjudicación de Contratos para Sistemas de Defensa en casos Criminales (1984) a partir de ahora "Contratación", Lineamientos II-1.2; Conferencia Nacional de Comisionados sobre leyes estatales Uniformes, Modelo de Acta de Defensor Público (1970), a partir de ahora "Acta Modelo", pto.10(d); Instituto para Administración Judicial/ABA, Estándares de Justicia Juvenil relativos a abogados para partes particulares (1979), a partir de ahora "ABA Abogados para partes privadas", Estándar 2.1(D).

contratado²⁶. Quitando el control del ámbito judicial se asegura independencia de indebidas presiones políticas y es un importante instrumento de independencia de la defensa pública²⁷. La selección del jefe de los defensores y el plantel debería hacerse sobre bases de mérito y el reclutamiento de abogados debería comprometer especiales esfuerzos tendientes a lograr la diversidad en el plantel de abogados²⁸.

2. Donde la cantidad de casos es suficientemente elevada, la prestación de un sistema de defensa debe constar de una oficina de defensa pública y la activa participación del colegio de abogados. La participación del colegio de abogados deberá incluir defensores por horas, un plan de asignación controlada de asistentes legales o contratos por servicios²⁹. El proceso de designación nunca debería ser ad hoc³⁰, pero debería ser de acuerdo a un plan coordinado, dirigido por un administrador full time quien debería ser también un abogado familiarizado con los distintos requerimientos de la práctica en la jurisdicción³¹. Desde que la responsabilidad de proveer servicios de defensa incumbe al Estado, debería haber provisión de fondos y una estructura a través de todo el estado, responsable de asegurar una calidad de defensa uniforme en todos lados.³²

3. Los defendidos están protegidos de ser seleccionados³³ y el abogado defensor es

asignado y notificado de la designación tan rápido como sea conveniente, después que el cliente sea arrestado, detenido o requiera un abogado. El asistente legal debe ser anoticiado sobre arresto, detención o requerimiento³⁴ y usualmente dentro de las 24 horas³⁵.

4. El abogado defensor deber estar provisto de suficiente tiempo y un espacio confidencial donde encontrarse con su cliente. El abogado debería entrevistar al cliente tan rápido como sea posible antes de la audiencia preliminar o del día del juicio³⁶. El abogado debería tener acceso confidencial al cliente para un completo intercambio legal, procesal y de información de los hechos entre abogado y cliente³⁷. Para asegurar comunicaciones confidenciales, los encuentros privados debería ser posibles en cárceles, prisiones, cortes y otros lugares donde los defendidos deben conferenciar con su abogado³⁸.

5. El volumen de trabajo del abogado defensor debe ser controlado para permitir el desempeño de una representación de calidad. El volumen de trabajo del abogado, incluyendo la designación, no debería ser tan grande como para interferir en el desempeño de una representación de calidad o que lo llevara a la infracción de obligaciones éticas, y el abogado está obligado a declinar designaciones bajo tales niveles³⁹. Estándares nacionales sobre volumen de casos no deberían

26 NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 2.10-2.13; ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-1.3(b); Abogado asignado, *supra* nota 2, Estándares 3.2.1, 2; Contratación, *supra* nota 2, Lineamientos II-1, II-3, IV-2; Instituto para Administración Judicial / *American Bar Association*, Estándares de Justicia Juvenil Relativo a Controles (1979) [a partir de ahora "ABA Controles"], Estándar 3.2.

27 La independencia judicial "es la característica más esencia de una sociedad libre" (ABA Comité sobre Independencia Judicial, 1997).

28 ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-4.

29 ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-1.2(a) y (b); NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 2.3; ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-2.1.

30 NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 2.3; ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-2.1.

31 ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-2.1 y comentario, Abogado asignado, *supra* nota 2, Estándar 3.3.1 y comentario 5 (deberes del administrador de Abogados asignados como supervisión del trabajo del abogado no puede ser llevada a cabo por quien no es letrado, citando ABA Código Modelo de Responsabilidad Profesional y Modelo de reglas de Conducta Profesional).

32 NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 2.4; Acta Modelo, *supra* nota 2, § 10; ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-1.2(c); *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963) (provisión de servicios de defensa para indigentes es una obligación del estado).

33 Para ver propuestas, ver NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 1.6 y ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-7.3.

34 NAC, *supra* nota 2, Estándar 13.3; ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-6.1; Acta Modelo, *supra* nota 2, § 3; NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 1.2-1.4; ABA Abogado para partes privadas, *supra* nota 2, Estándar 2.4 (A).

35 NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 1.3.

36 *American Bar Association Standards* para la Justicia Criminal, *Función de la Defensa* (3er. ed. 1993) [a partir de ahora "ABA Función de la Defensa"], Estándar 4-3.2; Lineamientos sobre el desempeño para la representación de la Defensa Criminal (NLADA 1995) [a partir de ahora "Lineamientos sobre el Desempeño"], Lineamientos 2.1-4.1; ABA Abogado para partes Privadas, *supra* nota 2, Estándar 4.2.

37 NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 5.10; ABA Función de la Defensa, *supra* nota 15, Estándar 4-2.3, 4-3.1, 4-3.2; *Performance Guidelines*, *supra* note 15, *Guideline* 2.2.

38 ABA Función de la Defensa, *supra* nota 15, Estándar 4-3.1.

39 NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 5.1, 5.3; ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-5.3; ABA Función de la Defensa, *supra* nota 15, Estándar 4-1.3(e); NAC, *supra* nota 2, Estándar 13.12; Contratación, *supra* nota 2, Lineamientos III-6, III-12; Abogado Asignado, *supra* nota 2, Estándar 4.1.4.1.2; ABA Abogado para partes Privadas, *supra* nota 2, Estándar 2.2 (B) (iv).

ser sobrepasados⁴⁰ en ningún caso siendo el concepto de volumen de trabajo (v.g. volumen de casos ajustados por factores como complejidad, servicios de apoyo y otras obligaciones ajenas a la representación) la medida más precisa⁴¹.

6. La habilidad, entrenamiento y experiencia del abogado defensor deben ser acorde a la complejidad del caso. Un abogado nunca debe ser asignado a un caso si le falta experiencia para llevarlo adelante competentemente, y el abogado está obligado a rechazar la designación si no es capaz de proveer representación ética y de alta calidad⁴².

7. El mismo abogado sin solución de continuidad debe representar al cliente hasta la finalización del caso. Generalmente referida como una "representación vertical", el mismo abogado debería continuamente representar al cliente desde la asignación inicial hasta el juicio y la sentencia⁴³. El abogado asignado para la apelación directa debería representar al cliente en toda la apelación directa.

8. Debe haber paridad entre el abogado defensor y la fiscalía con respecto al procedimiento y el abogado defensor debe ser incluido como una parte igual en el sistema de justicia. Debería haber

paridad de volumen de trabajo, salarios y otros recursos (como beneficios, tecnología, facilidades, investigación legal, colaboradores, investigadores, acceso a servicios forenses y de expertos) entre la fiscalía y la defensa pública⁴⁴. Los defensores asignados cobran un honorario razonable, además de los actuales gastos⁴⁵ y costos gerenciales. Contratos con abogados privados para servicios de defensa pública nunca deberían ser dejados en los costos básicos. Ellos deberían especificar los requerimientos para el desempeño y el volumen de trabajo por anticipado, proveer a un mecanismo de sobrante o de recaudación de fondos para casos complejos⁴⁶ o inusuales, y separadamente fondos para expertos, investigadores y otros servicios de ayuda⁴⁷. Ninguna parte del sistema de justicia debería ser agrandada o incrementado el volumen de trabajo sin considerar al impacto que la expansión tendrá sobre el equilibrio y otros componentes del sistema de justicia⁴⁸. La defensa pública debería participar como un parte equitativa en el mejoramiento del sistema de justicia. Este principio da por sentado que así como el procurador es adecuadamente provisto de fondos y apoyado en todo concepto, la garantizada paridad significará que el abogado defensor podrá proveer una representación legal de calidad.

40 Limitaciones numéricas sobre volúmenes de casos están especificadas en NAC Estándar 13.12 (máximo de casos por año: 150 Crimenes, 400 delitos menores, 200 juveniles, 200 inimputables, por 25 apelaciones), y otros estándares nacionales y volumen de casos, se deberían "apartar" (NSC Lineamientos 5.1) o "bajo ninguna circunstancia exceder" (Contratación Lineamientos III-6) estos límites numéricos. El volumen de trabajo de demandas sobre casos capitales es único: el deber de investigar, preparar y demostrar tanto la culpabilidad como la inocencia y sus atenuantes hoy requiere un promedio de casi 1.900 horas, y más de 1.200 horas aún cuando el caso es resuelto por un acuerdo de culpabilidad. *Casos Federales de Pena de Muerte: Recomendaciones Concernientes al Costo y Calidad de la Representación de la Defensa* (Conferencia Judicial de United States, 1998). Ver también *ABA Lineamientos para la designación y desempeño de un abogado en casos de pena de muerte* (1989) [a partir de ahora "Pena de Muerte"].

41 ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-5.3; NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 5.1; Estándar y *Diseño de Evaluación para Oficinas de defensores de Apelaciones* (NLADA 1980) [a partir de ahora "Apelación"], Estándar 1-F.

42 Lineamientos de desempeño, *supra* nota 11, Lineamientos 1.2, 1.3(a); Pena de Muerte, *supra* nota 15, Lineamientos 5.1.

43 NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 5.11, 5.12; ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-6.2; NAC, *supra* nota 2, Estándar 13.1; Abogado Asignado, *supra* nota 2, Estándar 2.6; Contratación, *supra* nota 2, Lineamientos III-12, III-23; ABA Abogado para partes privadas, *supra* nota 2, Estándar 2.4 (B) (i).

44 NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 3.4; ABA, *supra* nota 2, Estándares 5-4.1, 5-4.3; Contratación, *supra* nota 2, Lineamientos III-10; Abogado Asignado, *supra* nota 2, Estándar 4.7.1; Apelación, *supra* nota 20 (*Desempeño*): ABA Abogado para partes privadas, *supra* nota 2, Estándar 2.1 (B) (iv). Ver NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 4.1 (incluye proporciones numéricas del personal, ej: debe haber un supervisor por cada 10 abogados, o uno *part-time* por cada 5 abogados; debe haber un investigador por cada tres abogados, y al menos un investigador en cada oficina de defensa). Cf. NAC, *supra* nota 2, Estándar 13.7, 13.11 (el sueldo de un defensor jefe debe ser equivalente con el de un juez del mismo rango; el de los abogados de planta equivalentes al de los abogados particulares).

45 ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-2.4; Abogado Asignado, *supra* nota 2, Estándar 4.7.3.

46 NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 2.6; ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-3.1, 5-3.2, 5-3.3; Contratación, *supra* nota 2, Lineamientos III-6, III-12, y *passim*.

47 ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-3.3(b)(x); Contratación, *supra* nota 2, Lineamientos III-8, III-9.

48 ABA Función de la Defensa, *supra* nota 15, Estándar 4-1.2(d).

9. El abogado defensor deber ser provisto obligatoriamente de una capacitación legal continua. Abogados y sus colaboradores que proveen servicios de defensa deberían tener sistemáticamente un entrenamiento apropiado en sus áreas de práctica y, al menos, similar con el que reciben los fiscales⁴⁹.

10. El abogado defensor debe ser supervisado y sistemáticamente inspeccionado en la calidad y eficiencia del servicio de acuerdo a los estándares nacionales y locales adoptados. Los abogados de planta (tanto los profesionales como los colaboradores), los abogados por designación o los defensores contratados deberían ser supervisados y periódicamente evaluados en relación a su competencia y a la eficiencia del servicio⁵⁰. ♦

⁴⁹ NAC, *supra* nota 2, Estándar 13.15, 13.16; NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 2.4(4), 5.6-5.8; ABA, *supra* nota 2, Estándar 5-1.5; Acta Modelo, *supra* nota 2, § 10(e); Contratación, *supra* nota 2, Lineamientos III-17; Abogado Asignado, *supra* nota 2, Standard 4.2, 4.3.1, 4.3.2, 4.4.1; NLADA Estándar de Capacitación y Desarrollo de la Defensa (1997); ABA Abogados para partes privadas, *supra* nota 2, Estándar 2.1 (A).

⁵⁰ NSC, *supra* nota 2, Lineamientos 5.4, 5.5; Contratación, *supra* nota 2, Lineamientos III-16; Abogado Asignado, *supra* nota 2, Estándar 4.4; ABA Abogado para partes privadas, *supra* nota 2, Estándar 2.1 (A), 2.2; ABA Observaciones, *supra* nota 3, Estándar 3.2, 3.3. Ejemplos de estándares de desempeño aplicables en el manejo de estos análisis incluyendo NLADA, Lineamientos para el Desempeño, Lineamientos, ABA Función de la Defensa, y NLADA/ABA Pena de Muerte.

d e b a t e s



LA IMPORTANCIA DEL DEFENSOR PÚBLICO EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN PENAL *

GUSTAVO PLATT

Ex integrante de la Procuración Penitenciaria de la Nación Argentina.

Una de las características que distingue a la última década en materia de ejecución penal, es la sucesión de una serie de modificaciones a nivel legislativo, que han permitido poner nuevamente en consideración de quienes actúan el sistema penal, la cuestión de cómo y con qué sentido se ejecuta la pena privativa de la libertad.

En la República Argentina, a nivel federal, la renovación procesal impuso la figura del Juez de Ejecución penal y apuró la sustitución de la Ley Penitenciaria Nacional (Decreto-Ley 412/58) por la Ley de Ejecución de la pena privativa de la libertad (Ley 24.660).

A nivel provincial otro tanto ocurrió con el ya vigente Código Procesal Penal y la Ley de Ejecución Penal (n° 12.256), que vino a sustituir al denominado "Código de Ejecución Penal" (Ley 5.619).

Una primera característica común a estas reformas es la ratificación del ideal resocializador como finalidad primera de la ejecución penal.

Este ideal, ya reconocido en las normas derogadas, hoy constituye un imperativo constitucional a partir de la reforma producida en 1994.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresamente así lo señalan (con diferencias).

Cuestión aparte es desentrañar cuál es la implicancia de esta finalidad resocializadora.

Algunos autores han señalado que debe ser entendida como una obligación del Estado, en el sentido de proporcionar al condenado las condiciones necesarias para paliar el deterioro al que se ve expuesto a raíz de su encierro, estimulando o promoviendo el desarrollo personal que favorezca su integración a la vida social al momento de recobrar la libertad (Salt), o, en palabras de Zaffaroni, "ofreciéndole los elementos para que aumente el nivel de invulnerabilidad frente al ejercicio del poder punitivo del sistema penal".

En otra dirección, el legislador nacional, aún cuando en alguna norma reconoce el efecto desocializador que implica la privación de la libertad (art. 178), optó por utilizar un criterio más clásico, sosteniendo la "perfectibilidad del ser humano" y priorizando la adquisición de la capacidad de comprender y respetar la ley, mediante la utilización de un tratamiento interdisciplinario, al que el condenado puede acceder presuntamente en forma voluntaria.

El contenido que se le atribuya a este ideal –en constante debate en atención a la dificultad que representa asignarle un alcance concreto y legítimo– tendrá repercusiones en las soluciones que se postulen por los intérpretes de la ley.

Una segunda característica común (a estas reformas) es la judicialización de la etapa de ejecución, que aún cuando constituye una "necesaria consecuencia de la vigencia del principio de legalidad en la etapa de ejecución", su acogida a nivel legislativo constituye toda una novedad.

* Intervención en el Seminario de la Defensa Pública de la Provincia de Buenos Aires, Ciudad de Mar del Plata, 1999. Organizado por la Defensoría de Casación Penal y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales - INECIP.

Vale recordar que por ejemplo, en el ámbito federal, el derogado Código de Procedimientos ni siquiera establecía las formas del trámite destinado a resolver el otorgamiento de la libertad condicional, y que la Ley Penitenciaria Nacional dedicaba un único artículo al contralor jurisdiccional, en el que vagamente se hacía referencia a la realización de controles periódicos por parte de los magistrados, referidos a la adecuación del tratamiento de los internos a la ley y a los reglamentos penitenciarios.

En consecuencia, decisiones como la de crear la justicia de ejecución –con las amplísimas funciones que se le han otorgado (cf. arts. 493, CPPN, y 25, CPPBA)– y el reconocimiento expreso del principio de judicialización, son progresos que merecen ser destacados en especial por las trascendentes consecuencias que de ellos se derivan.

Una de estas consecuencias, es la *previ-sibilidad*, como oposición a la incertidumbre que supone el discrecional reparto de premios y castigos por parte de la administración penitenciaria, huérfano de criterio y ausente de control.

Propiciar un control judicial previsible y eficaz del desarrollo de la ejecución de la pena, constituye un objetivo plausible, propio del Estado de derecho, y consecuente con el sistema de garantías y límites a la actividad estatal que se establece en las fases precedentes del proceso penal.

Sin embargo, no es suficiente establecer jueces de vigilancia, si no se asegura que el sistema de garantías del derecho procesal penal se habrá de extender a la etapa de ejecución.

Evidentemente, para materializar dicha propuesta un primer problema lo constituye el cómo dotar de eficacia a ese control, los escollos a superar son diversos:

- las características institucionales de la cárcel, diseñada para segregar y evitar la interferencia externa;

- la arraigada convicción en la comunidad jurídica de que las cuestiones vinculadas a la ejecución de la pena son ajenas al derecho penal ("cuestiones administrativas"), y directamente son ignoradas o relegadas por los tratadistas y los planes de estudio;

- la inadvertencia de las alteraciones que se producen en la determinación de la pena en la fase de ejecución, a partir de las modificaciones en el modo en que se ejecuta.

En ese sentido, existen lagunas, omisiones y contradicciones en las normas vigentes, producto básicamente de la falta de advertencia del legislador, sobre la interrelación y consecuencias de cada uno de los institutos y situaciones reguladas y, los problemas que supone en muchos casos la delegación en la administración de las facultades legislativas, a la luz del principio de legalidad y de reserva de ley y la generalmente consecuente afectación a las normas del debido proceso.

En este marco, optimizar el derecho de defensa –una garantía frente al poder del Estado– es imprescindible para afrontar la etapa en la que más crudamente se advierte el poder coercitivo del aparato estatal.

La imposición de la obligatoriedad de la asistencia letrada resulta ineludible en la fase de ejecución en cuanto se advierte la complejidad y trascendencia de las decisiones que involucran al condenado.

Y ello se vincula también, con el deber estatal de asegurarle al condenado el contar en todo momento con un defensor, en forma gratuita, para no tornar ilusoria la pretensión de una tutela efectiva.

Vale la pena resaltar la idea de permanencia en el ejercicio de la defensa, en tanto las cuestiones que pueden suscitar incidencias en la

justicia de ejecución son innumerables y no necesariamente dependen de la sustanciación de un trámite en forma previa ante la administración (pensemos en el caso de quién no es promovido a formas más atenuadas de ejecución: requerirá para impulsar la formación de la incidencia en la justicia de ejecución contar con un defensor que evalúe la conveniencia de llevar adelante la gestión y lo adecuado o no del reclamo a las previsiones legales que regulan la materia).

Desde el punto de vista normativo, corresponde destacar la inclusión, entre los derechos que el art. 9º de la ley nº 12.256 señala que poseen que tanto los procesados como los condenados, del derecho a un “asesoramiento legal sobre cualquier procedimiento que resulte de la aplicación de la presente y que lo involucre”.

En lo que involucra a la defensa material, debe señalarse que posee (o debe poseer) la misma extensión que se le ha reconocido en las etapas del proceso superadas. De allí se colige que el condenado cuenta con los siguientes derechos:

- derecho de intervenir en el proceso en el que se adoptan las decisiones que determinaran la modalidad con que se ejecutara su condena;
- derecho a ser oído: referido a la posibilidad de expresar los argumentos que justifican, en determinada cuestión, una solución favorable a sus intereses;
- derecho de presentar y rebatir pruebas: la posibilidad de criticar la metodología y/o el contenido de los informes elaborados por la administración.

Con ello de todas maneras no alcanza para evitar la indefensión, en tanto también la realidad nos impone diversos obstáculos de índole material, que contribuyen a volver al sistema – en principio garantista– en ineficaz.

Debe advertirse que la privación de la libertad no es un elemento neutro en esta cuestión.

A diferencia de lo que sucede en las etapas que ya han transcurrido del proceso, en esta fase “la igualdad de armas” debe ser asegurada a la persona condenada a los efectos de que pueda efectivamente contradecir la evaluación o “imputación” que a su respecto realiza la administración penitenciaria.

Si bien no es correcto, desde un punto de vista procesal, considerar como “parte” a la administración penitenciaria, lo cierto es que la realidad indica que en muchos de los aspectos que definen las características con las que habrá de desarrollarse la ejecución de la condena, la administración es Juez y es parte.

Basta con traer a colación el proceso disciplinario y preguntarse: ¿qué tienen en común la definición de las conductas consideradas infracciones, la realización de la denuncia, la sustanciación del sumario, la imposición del correctivo y la notificación y ejecución de la sanción?

La respuesta: que todos son actos que realiza la administración penitenciaria.

Por ello es necesario, para procurar garantizar el debido proceso y para exhibir las fallencias de los diversos procedimientos mediante los cuales se redetermina la pena, contar con una defensa que advierta estas cuestiones, que permita correr el velo que cubre la arbitrariedad de las decisiones que adopta la administración penitenciaria y propicie, en un futuro mediato, la adaptación del proceso penal en su fase de ejecución a las reglas constitucionales.

Y en esto, el papel de la defensa pública es central, en tanto es muy excepcional la aparición del letrado de confianza en un proceso que se caracteriza por su prolongación –hasta el agotamiento de la pena– y la pauperización de la clientela, desbordada por el costo, en dinero, que supone soportar la detención para el condenado y su núcleo familiar.

En otro orden, pero siempre teniendo como eje la obtención de una defensa eficaz, es esencial tener presente la importancia que reviste para la persona detenida, el mantenimiento de un contacto periódico y directo con su defensor, como medio de control de las condiciones en las que se desarrolla su detención y como forma eficaz de procurar, en ese ámbito, la intervención de la justicia de ejecución, principal garante de la situación del interno.

A los muros que separan la cárcel del resto de la sociedad, habitualmente le suceden otros muros, que son los que erige la administración penitenciaria, como forma de eludir controles y regular discrecionalmente los conflictos de la cárcel.

Por otra parte, los reclamos vinculados con los déficits en la gestión de los servicios vinculados al alojamiento de las personas, suele ser territorio de nadie, dependiendo la solución o los paliativos, de la buena voluntad del personal de la administración penitenciaria, si es que cuenta con los recursos para dar respuesta al reclamo.

En ambos casos, es al defensor del detenido a quién le incumbe realizar las gestiones necesarias para procurar dar solución al problema, señalando incluso las consecuencias jurídicas que debería tener el incumplimiento de la administración a la hora de proporcionar condiciones de ejecución de la pena compatibles con el programa que en materia de derechos humanos ha adoptado nuestra Carta Magna.

Este tipo de reclamos (asistencia médica, dieta alimentaria, régimen de visitas), suelen constituir una porción relevante de de los reclamos de la población penal.

Vale recordar que, según las palabras de la Corte IDH en el caso "Neira Alegría": "En los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle

el derecho a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos".

Desde un punto de vista práctico, ya sea que se trate del caso de omisión del deber de atender adecuadamente la salud del interno, su alimentación, o las condiciones de salubridad del local en el que permanece detenido, una orden del juez evitará mil gestiones administrativas, y para que ello ocurra, es necesario contar con la participación activa del defensor.

Pensemos un ejemplo práctico y posiblemente conocido por la mayoría: las condiciones de detención establecidas en ese establecimiento de "super-máxima-seguridad" que es la Unidad nº 29 del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, sita en Melchor Romero. La confrontación de las condiciones de ejecución de la condena –o la prisión preventiva– con lo dispuesto por el art. 5º de la Convención Americana, no resiste análisis alguno.

En general situaciones que involucran la falta de atención médica, malas condiciones de habitabilidad del establecimiento, falta de suministro de vestimenta, cama o alimentación, régimen de visitas, utilización irracional de la fuerza u omisión en el aseguramiento de la integridad física del interno, deberían ser analizadas a la luz de la disposición que prohíbe la imposición de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

También es útil tener presente que la cárcel, es un lugar de hiperconflictividad, y de abuso de poder por excelencia. Ya sea en las relaciones entre la administración penitenciaria y los internos, ya sea en la relación entre los propios internos, las disputas dejan de ser latentes, para manifestarse crudamente.

Una estrategia eficaz en la prevención de estas situaciones es procurar el mayor contacto posible entre la cárcel y el resto de la sociedad. Ingresar físicamente a la cárcel, contribuye a racionalizar el

desempeño institucional que tiende a privilegiar los fines de seguridad contra cualquier otro objetivo, legítimo o no, previsto normativamente, o no.

Otro obstáculo de relieve lo constituye la "inflación reglamentaria" y la falta de integración de las normas penitenciarias.

Quién ingresa por primera vez al análisis de la cuestión penitenciaria advierte rápidamente como los reglamentos penitenciarios ocupan el lugar de la ley penal, y lo dificultoso que resulta aprehender y conocer todas las normas que definen la situación de un interno, que además, suelen estar pagadas de términos vagos.

Como señala Rivera Beiras, el derecho penitenciario está integrado por normas de derecho penal sustantivo, por estipulaciones propias del derecho procesal penal y por disposiciones que pertenecen al ámbito de derecho administrativo. Todas ellas, y las prácticas que son su consecuencia, deben estar en línea con los estándares procedentes de la Constitución Nacional.

Sin embargo, los condenados suelen recibir información escueta o nula referida a las reglas que rigen tanto la convivencia y la disciplina en la cárcel, como aquellas que determinan la posibilidad de atenuar el rigor de la ejecución de la pena.

Esta situación debería también suponer alguna consecuencia al considerarse la promoción del interno o la imposición de correctivos disciplinarios.

¿Es deber del interno –condenado o no– conocer reglas que nunca le fueron informadas formalmente y que no provienen de la ley, y que incluso no fueron jamás publicadas en un Boletín Oficial?

Es evidente que ese conocimiento no le es exigible al interno en circunstancias como la apuntada. Ello debería exhibir consecuencias a la hora de resolver si resulta adecuada la sanción impuesta a un interno o la calificación que registra.

En la cuestión disciplinaria, la primera dificultad proviene de la delegación ilegítima que tanto la ley nacional como la ley provincial hacen en favor de los reglamentos para establecer las infracciones denominadas "medias" y "leves" (art. 48, Ley 12.256 y art. 85, Ley 24.660).

Es interesante destacar la disposición del art. 45 de la ley provincial: "Esta prohibido a los internos 1)...2)...3)...4)... 5) En general todo acto que fuese prohibido por esta Ley, los reglamentos internos o las disposiciones de la Jefatura del Servicio Penitenciario.

La segunda dificultad proviene de un procedimiento que es descripto muy escuetamente en la ley, lo cual da pie a numerosas situaciones o actividades de la administración que vulneran el debido proceso (sin entrar en el análisis de qué imparcial puede ser el Director de un establecimiento al resolver sobre la imposición de un correctivo que ha sido promovido por un subordinado).

Personalmente no conozco la existencia de procesos disciplinarios en los que el Director del establecimiento haya concluido la inexistencia de la falta atribuida, o la no comisión de la infracción por parte del interno imputado.

La aplicación de las reglas del debido proceso en el procedimiento disciplinario deberían conducir en muchos casos a la anulación de la sanción en atención a que, por ejemplo, rara vez es descripto a los internos el hecho cuya comisión se les atribuye o no son atendidos los descargos que suministran.

La ley provincial además tiene un par de "novedades" insólitas en cuanto a los medios de impugnación de las sanciones.

Si bien el art. 55 señala que al notificarse la imposición de la sanción, se le hará conocer al interno el derecho a interponer recurso ante la autoridad administrativa o judicial según

corresponda, se puede deducir de la ausencia de una regulación específica que, en principio, pareciera no otorgarse recurso contra las sanciones impuestas por la comisión de infracciones "leves".

El art. 56 indica que "Las sanciones medias serán recurribles 1) por escrito, 2) en forma fundada 3) ante el Jefe del Servicio Penitenciario" (con sede en la ciudad de La Plata).

Todo indica que el legislador no está interesado en que haya recursos contra la imposición de las "sanciones medias". Claro que si el propósito era que los internos no recurran, era más fácil establecer que las sanciones son irrecurribles

Pero el dislate lo completa el art. 57 que señala que: "A partir de la segunda sanción media aplicada dentro del año de producida la primera podrá apelarse ante el Juez de Ejecución...".

Las observaciones que pueden hacerse al respecto son numerosísimas: ¿es necesario fundar el recurso?; una vez que el interno pudo interponer el recurso ante el juez de ejecución, ¿los demás recursos siempre tramitaran ante él directamente? ¿las sanciones sólo se comunican al Juez si han sido recurridas?

Digo que es un dislate porque resulta indiscutible, que en la imposición de cada sanción esta en juego el derecho de una persona, y que el propósito estipulado legalmente a la justicia de ejecución reside precisamente en garantizarlos (art. 10 de la ley).

Lo más trascendente en definitiva es que el control judicial se limitará, conforme el sistema establecido por el legislador bonaerense, a las denominadas faltas graves y sólo conocerá de ellas si son recurridas, o cuando solicite algún informe relativo al otorgamiento de algún beneficio, tras meses o años de haberse impuesto la sanción.

En ese momento es probablemente cuando el defensor tome conocimiento de la conducta reprochada, recién allí pueda establecer eventualmente que la acción reprochada es atípica, o el tipo sancionatorio inconstitucional, y tras ello se preguntará, puedo recurrir? y entonces no faltará el magistrado que le responda, no, porque en su momento el interesado, formalmente notificado consintió la sanción, aunque a lo mejor no sabía leer.

Lo ideal sería que cada magistrado reclame conocer en forma inmediata la imposición de un correctivo disciplinario, en tanto es evidente que una sanción supone una restricción de derechos mayor aún que la que ya se ha impuesto como consecuencia de la medida cautelar o la condena que soporta el interno.

Es evidente que la ejecución de la sanción posee la capacidad de vulnerar las garantías contempladas tanto en la Constitución Nacional como en la provincial y en los tratados de derechos humanos, en los términos del art. 25.3 del Código Procesal Penal bonaerense.

En el ámbito federal, la Ley 24.660 dispone que las sanciones deben ser notificadas al juez de ejecución dentro de las seis horas subsiguientes a su dictado. Y algunos tribunales han anulado la sanción que no ha sido comunicada en ese lapso, en tanto el sentido de la disposición es el de permitir un control eficaz de una medida tan grave como resulta ser la imposición de una sanción.

Entiendo que nada impide a los magistrados a cuya disposición se encuentran anotados los internos alojados en el Servicio Penitenciario bonaerense requerir la inmediata comunicación de la sanción impuesta, a los efectos de que el defensor tenga inmediata noticia de la sanción impuesta a su cliente (que por otra parte, la mayoría de las veces no podrá informarle de la imposición de la sanción hasta que la haya agotado).

Otra cuestión que merece destacarse es el hecho de que la ley señale el traslado a otro establecimiento como una de las consecuencias previstas para la represión de las faltas graves (art. 49, Ley 12.256).

Es tradicional señalar que las disposiciones de la administración penitenciaria por las que se impone el establecimiento en el que debe ser alojado el interno no son revisables judicialmente. Sin embargo, la estipulación que señalé recién contribuye a impedir que un traslado como el previsto para las faltas graves se efectúe si no existe infracción disciplinaria.

De esta manera se evita o repara la utilización de traslados como represalia o como castigo por el ejercicio de derechos por parte de los internos.

Otro aspecto que también omite señalar la ley es el relativo a los criterios que se utilizaran para realizar la "evaluación técnica posterior" que señala el art. 46 de la ley, a los efectos de la ubicación o reubicación del interno sancionado en el régimen que corresponda.

Revisar la sanción impuesta, aún cuando la sanción ha sido ejecutada, de todas maneras es relevante por las consecuencias que la imposición del correctivo implica en la posibilidad de acceder al alojamiento en establecimientos con régimen de autodisciplina y a la incorporación al régimen de salidas transitorias y semilibertad (o salidas laborales).

En lo que hace a la ubicación de los internos en los diferentes regímenes y modalidades del denominado "régimen general de asistencia y/o tratamiento", la nueva ley de ejecución provincial contiene un aspecto novedoso al estipular que el tránsito por las diversas modalidades no es secuencial o progresivo. Esto es, no es necesario para el condenado transitar desde los establecimientos de régimen más riguroso hacia aquellos de régimen más atenuado.

El mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto de ley indica además que se optó por abandonar el rígido carril de una progresividad obligada, destacando que "... el régimen al que se incorpora [el condenado] y los cambios posteriores estarán dados por el grado de aptitud que manifieste para dar respuestas de auténtico valor social a las diversas propuestas institucionales y no en base a un criterio disciplinario. El esfuerzo por mejorar las relaciones humanas, el ejercicio de la responsabilidad, el aprovechamiento de programas educativos y el interés por el trabajo, pueden considerarse indicadores válidos de su capacidad para responder a los requerimientos de la sociedad".

Sin entrar a debatir lo acertado o no de la identificación del contenido del ideal de resocialización, lo cierto es que ni siquiera el postulado contenido en el Mensaje de elevación ha sido reflejado en la letra de la Ley, de tal manera que en ella no puede advertirse que parámetros habrán de emplearse para considerar el alojamiento en un régimen más riguroso o más atenuado, aún cuando el art. 99 establece específicamente el control judicial, y la posibilidad de recurrir en apelación contra las decisiones mediante las que se dispone la ubicación del interno.

Evidentemente, la ausencia de la indicación señalada dificulta el control de la actividad de la administración y probablemente obligue a ingresar en el análisis de los laberintos reglamentarios. De todas maneras, la exigencia de motivación no debe ser dejada de lado, aún cuando la reglamentación tal vez recurra a una calificación elaborada por la administración, deberá exigirse entonces el conocimiento del fundamento de esa mejor o peor calificación.

Finalmente, deje para estos últimos párrafos la cuestión referida a la compatibilidad entre la ley nacional y la ley provincial y la determinación de la competencia de una y otra en el régimen de ejecución de la pena.

Esta cuestión tiene notable repercusión a la hora de establecer los requisitos que debe verificar el tribunal de ejecución para, por ejemplo autorizar la inclusión de un condenado en el régimen de salidas transitorias, semilibertad y libertad asistida.

El primer dato a tener en cuenta es la indicación contenida en el art. 229 de la Ley 24.660, en el sentido de que es complementaria del Código Penal. No es una norma novedosa, en tanto reproduce una disposición similar a la que contenía la Ley Penitenciaria Nacional.

El art. 228 de la ley nacional, por su parte, impone el plazo de un año para que tanto la Nación como las provincias revisen la legislación y reglamentaciones existentes para concordarlas con las disposiciones de la Ley 24.660.

Sin embargo, es evidente que no todas las disposiciones contenidas en la ley son complementarias del Código Penal. Lo son, según Salt, aquellas que definen el contenido cualitativo de las penas, conforme el principio de legalidad ejecutiva que se extrae del art. 18 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, por aquello de la interrelación entre los diversos institutos contenidos en la ley de ejecución, no es tan sencillo distinguir aquellas normas que determinan modificaciones esenciales en la ejecución de las penas de aquellas que no lo hacen.

Por ejemplo, en el sistema de la Ley 24.660, la imposición de un correctivo disciplinario puede determinar la disminución de la calificación de la conducta del interno, ello retrasará su tránsito en el régimen de progresividad, lo que a su vez impedirá su alojamiento en regimenes de ejecución más atenuados y finalmente demorará o impedirá la inclusión en el régimen de salidas transitorias.

Ser absolutamente consistente con esta postura implicaría que tanto el régimen disciplinario, como el de progresividad, las reglas de inclusión en establecimientos de auto-disciplina y las condiciones de inclusión en el régimen de salidas transitorias serían las establecidas por la ley nacional, no pudiendo ser modificadas por las leyes provinciales.

Esta postura también implicaría por ejemplo, por las cuestiones procesales vinculadas al procedimiento disciplinario, o las decisiones de avance en el régimen progresivo, avanzar a su vez en el diseño de organización institucional de las administraciones penitenciarias provinciales, con lo cual, poco o nada quedaría por establecer al legislador provincial.

En el caso de la ley provincial, es evidente que el criterio utilizado por el legislador provincial no guarda relación con el que expuse.

En su art. 2º la ley hace referencia a que, para asegurar el principio de igualdad, la única Ley aplicable en el territorio bonaerense será la presente, cualquiera sea la autoridad judicial, provincial, nacional o extranjera a cuyo cargo se encuentre el interno.

La ley provincial ha suprimido cualquier referencia a un sistema que se pueda denominar "progresivo", ajustado al cumplimiento de determinadas metas y, establece que los internos que se encuentren en el régimen abierto, o en la modalidad amplia del régimen semiabierto se encontraran en condiciones de acceder al régimen de salidas transitorias. No indica pauta temporal alguna.

Yo en un primer momento interpreté que ello constituía un reconocimiento de la vigencia de la pauta temporal impuesta en el art. 17 de la Ley 24.660 (única pauta aplicable en el régimen de ejecución bonaerense). A ello contribuía la reproducción de otros institutos contenidos en la ley nacional como la prisión discontinua, la semidetención.

Sin embargo, la disposición del art. 104 de la ley provincial, hecho por tierra esa teoría, al establecer la posibilidad de obtener la libertad asistida (instituto análogo a la libertad condicional), con seis meses de anticipación a la fecha en la que estaría en condiciones de obtener la libertad condicional.

Francamente creo que la solución correcta es la que yo creí que había adoptado la ley provincial.

El mantenimiento de la solución prevista por la ley provincial debería conducir a que, de así establecerlo, la legislatura provincial modificase el requisito temporal de acceso a la libertad condicional.

Tanto el régimen de salidas transitorias, como la libertad asistida o la libertad condicional, constituyen formas atenuadas de ejecución de la pena. En ese sentido cada uno de esos institutos es análogo y no hay motivo para considerar en forma diferente a uno u otro.

El planteo en definitiva se reduce a considerar si es facultad de la legislatura provincial establecer de que manera se puede alterar sustancialmente la ejecución de la pena.

Mi respuesta es que no es posible autorizar dicha interpretación a la luz del principio de igualdad y de la disposición contenida en el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional.

Por último, queda por expresar que el primer propósito que debería animar la gestión de la defensa pública es procurar advertir que tras la ejecución penal no sólo hay buenas intenciones y deseos de encontrar personas arrepentidas y que procuran "mejorar".

Mas bien lo que existe son cuestiones estrictamente jurídicas que tiene que ver con tornar vigentes derechos de los que gozan las personas o por no haberlos perdido nunca, aun pese a la condena, o porque son titulares de esos derechos en razón de la condena.

En definitiva reconocer en la persona del condenado a un "sujeto de derechos".

APUNTES PARA UN PROYECTO SOBRE DEFENSORÍA PÚBLICA

LILIANA CARMEN RAMOS

*Secretaria de Cámara.
Tribunal Oral Federal de la Ciudad de Buenos Aires.*

El sistema de defensorías oficiales en el ámbito penal, tanto de Instrucción, Criminal, Correccional, Menores, Penal Económico y Penal Federal se encuentra colapsado.

Varios son los motivos que convergen para que esto suceda, en principio y situados del otro lado del mostrador, por aquel viejo aforismo comúnmente utilizado en estos fueros, de que la 'clientela' de banquillo se conforma en su mayoría por 'ladrones de gallinas'.

De seguido, porque muchos de los que no entran en esta categoría, también deciden ser asistidos oficialmente, bien para dar imagen de desamparo o tal vez, por saber que el 'training' que ostentan nuestros letrados oficiales, a fuerza de cientos de audiencias en su haber, supera con holgura el manejo de los procesos frente a los letrados particulares.

Desde este lado, no obstante haberse establecido un sistema de subrogancias y reemplazos por parte de la Defensoría General de la Nación, el volumen de causas excede en mucho la capacidad de respuesta de los funcionarios que conforman ese cuerpo.

Bien se ha dicho que los códigos de procedimiento penal de los países delatan los sistemas de sus gobiernos. Por ejemplo en el nuestro, en los Tribunales Orales, en el mejor de los casos la proporción es un fiscal para cada sede y dos sedes para cada defensor y en el peor, un fiscal para cada sede y una defensoría para seis. Las conclusiones quedan a cargo del lector.

Pareciera ser que este grave problema, más allá de los cuestionamientos ontológicos que podemos hacernos los operadores judiciales cada vez que nos sentamos ante una audiencia y peor aún, si tuvimos el atrevimiento de leer alguna cosilla de Foucault, no es de nuestra exclusiva cosecha.

Es por ello que tratando de buscar soluciones es posible intentar desarrollar, a la luz de otros ordenamientos, un proyecto de asistencia jurídica gratuita, brindada por abogados de la matrícula, colegiados e integrados al plantel de Defensores Oficiales.

El objetivo general y principal sería descomprimir la actual tarea de estos funcionarios públicos.

En cuanto al objetivo específico, estaría vinculado a dos planos relacionados con los letrados de la matrícula. Por un lado, permitir la capacitación práctica de los abogados noveles y de los que no lo son tanto que, habida cuenta la cantidad de colegiados, no podrían acceder a dicho ejercicio en forma tan regular.

Por el otro, dicha capacitación redundaría en beneficio de los letrados al considerarse las horas-hombre de actuación en los procesos, como un antecedente de peso al momento de presentarse como aspirante en los concursos para acceder a la Magistratura, tanto en la Justicia como en el Ministerio Público.

El alcance del proyecto se iniciaría con una primera etapa, consistente en efectuar una lista

con los abogados del patrocinio gratuito, ya en desempeño en Tribunales y en el Colegio Público de Abogados.

En una segunda etapa el planteo sería más específico:

a. Las listas serían efectuadas y remitidas por el Colegio Público de Abogados a la Defensoría General, las cuales se conformarían por abogados matriculados cuya inscripción sería obligatoria y establecida como carga pública para todos aquellos egresados de la UBA.

b. Primaria en la elección la orientación penal.

c. El orden en las listas para litigar sería:

Para los fueros de Instrucción y Correccional, abogados con una antigüedad en el título de tres años, como mínimo.

En el fuero de Menores, abogados con una antigüedad de cuatro años, como mínimo. Para asistir en los Juicios Orales, abogados con una antigüedad no menor a cinco años. Abogados con una antigüedad en el título de más de diez años, serán sorteados, como mínimo, en un proceso cada dos años.

d. Egresados de universidades privadas, podrán anotarse en forma voluntaria en las listas que estarán en el Colegio Público de Abogados.

e. Egresados de la Universidad de Buenos Aires, también podrán anotarse en forma voluntaria en las listas del Colegio Público de Abogados

f. Los casos se distribuirán, en principio, entre los integrantes de la lista de voluntarios, que estará abierta a la inscripción durante todo el año.

g. El Colegio de Abogados organizará una oficina central que:

1. Confeccionará la lista de voluntarios y el padrón de abogados conforme el orden previsto en el ítem 'c.'

2. Asignará los casos por sorteo público.

3. Atenderá urgencias hasta tanto se designe e intervenga el abogado que asistirá en la causa.

4. Organizará un sistema de guardias.

5. Garantizará una distribución equitativa de casos.

6. Según la importancia del caso, la oficina podrá designar a varios abogados para que trabajen en forma conjunta.

7. Los abogados que no cumplan con el requisito de la orientación o especialización penal, se podrán inscribir en una lista de auxiliares para colaborar en la asistencia con el defensor principal. Actuarán siempre bajo su supervisión y no podrán intervenir autónomamente en el juicio. Estas prácticas, serán consideradas para el letrado como pasantías que otorguen antecedentes en la materia.

8. El defensor designado no podrá rehusar la prestación de su servicio, salvo que acredite fehacientemente:

- grave objeción respecto del caso;
- impedimento físico insuperable;
- interés contrapuesto o incompatibilidad absoluta con su asistido.

9. El asistido sólo podrá solicitar la sustitución del defensor designado acreditando fehacientemente:

- manifiesta inidoneidad para atender el caso;
- grave negligencia en la prestación del servicio;
- interés contrapuesto o incompatibilidad absoluta con el defensor designado.

La modalidad de gestión para el desarrollo del presente proyecto debería ser implementada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos conjuntamente con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Defensoría General de la Nación, la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires, el Colegio Público de Abogados de la

ciudad de Buenos Aires, la Asociación de Abogados, la UBA y otras universidades.

Sería imprescindible contar con una base de datos con sistema informático que conecte los distintos ámbitos del fuero penal con la Defensoría General y los colegios de abogados. Una línea de atención 0800 y un sitio web de información.

Como actividades previas a la implementación, deberá efectuarse un relevamiento de cantidad, en cada fuero, de asistencia técnica pública a los procesados y estadísticas respectivas.

Asimismo deberá efectuarse el relevamiento y la estadística sobre matriculados anualmente y, específicamente, de los letrados con orientación en Derecho Penal. Ejercer un control permanente sobre inhabilitados. Relevar la antigüedad en el título de los matriculados y la cantidad de actuaciones e informe respectivo.

Presupuestariamente, los costos estimados serían bajos, habida cuenta que la asistencia letrada se ejercerá como carga pública, baso mi hipótesis en que del presupuesto otorgado al Poder Judicial, el 90% se adjudica a salarios.

Desde un punto de vista general, el indicador de impacto se establecería al mejorar los sistemas procedimentales que en la mayoría de los casos se ven atrasados, entre otras tantas causales que no son objeto de este trabajo, por la imposibilidad material de asistencia técnica de los defensores oficiales en la tramitación de causas tal y como se viene practicando en la actualidad.* ♦

* Material de consulta: Ley Orgánica del Superior Tribunal N°69/02- Entre Ríos-B.O.26/3/82 Sistema judicial de Virginia, EE.UU. Resolución Ejecutiva 1994/96. Anteproyecto de ley orgánica de los Tribunales y Ministerio Público. J. Maier y A. Binder (1989). Ley N° 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita del 10/01/1996, España, B.O. Español N°11 del 12/9/96.

i n v e s t i g a c i o n e s



LA DEFENSA PÚBLICA EN ARGENTINA

POR DEFENDER

"DEFENDER" es un grupo de investigación independiente formado por jóvenes abogados integrantes de las Defensorías Públicas Oficiales ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal, bajo la dirección de Julián Horacio Langevin, Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal.

I. INTRODUCCION

El presente trabajo es el resultado de un proyecto de investigación llevado a cabo por un grupo de jóvenes abogados de las Defensorías Públicas ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal durante el año 1999. El nombre elegido para designarlo –"DEFENDER", indica el núcleo de la actividad a la cual nos dedicamos a diario, que en este nuevo emprendimiento intelectual es ubicada como objeto de estudio.

Es llamativo el vacío informativo existente respecto de la Defensa Pública, que trae aparejado un lógico desconocimiento de la institución y su actividad. Con ello se ignora la intensa labor que vienen desarrollando los magistrados del Ministerio Público de la Defensa, su añeja historia, que precede a la organización política del país, y la independencia de los otros poderes del Estado establecida por la Constitución Argentina de 1994 (art. 120).

"DEFENDER" intenta abordar caminos hasta ahora no transitados para destacar la importancia que reviste la Defensa Pública en la realidad normativa y fáctica. Toda vez que se trata de nuestra primera obra grupal, nuestras intenciones fueron sencillas: informar los distintos sistemas que sigue la institución en la República Argentina con la finalidad de efectuar ulteriores comparaciones que puedan partir de datos conocidos en sus aspectos esenciales.

La búsqueda fue ardua debido a la ausencia de registros informativos sobre la materia, siendo menester destacar y agradecer la colaboración prestada por cada una de las Casas de Provincia en la Capital Federal, como así también la atención dispensada por los Defensores Oficiales del interior del país y de la Ciudad de Buenos Aires, que nos ilustraron sobre la realidad imperante.

Debido a la organización política de nuestro país, cuya Constitución recepciona un estado federal compuesto por las distintas provincias que lo integran, no existe un sistema unificado de Defensa Pública para todo el país, ya que su organización legal y funcionamiento es competencia exclusiva de cada uno de los estados miembros. Por ende, coexiste un sistema de defensa pública federal y otros tantos formados por cada provincia, a los que se suma el establecido por la ciudad autónoma de Buenos Aires en atención a su particular status jurídico-político, todos los cuales fueron analizados en particular, finalizando con un estudio global de conjunto. Por razones de espacio solo se incluyen aquí las conclusiones finales.

2. Ubicación institucional

Se observa una drástica diferencia entre el sistema federal y el de la provincia de Salta, por una parte, que desde las nuevas constituciones (nacional de 1994 y salteña de 1998), es independiente de los otros poderes del Estado, y los sistemas provinciales, por la otra, que ubican

a la institución dentro del Poder Judicial. Estos datos iniciales evidencian dos modelos netamente diferenciados:

2.1. Uno *independiente*, que por ser tal permite a la Defensa Pública marcar su propio perfil en la realidad dentro del marco constitucionalmente asignado. No depende funcionalmente de otros poderes del Estado sino que actúa como un órgano de control en su concreta esfera de actuación, sin perjuicio de la interacción que necesariamente existe entre todos los organismos estatales.

2.2. Y otro *judicialista*, que hace depender a la Defensa Pública del Poder Judicial. Hasta la sanción de la Constitución del 94^a, era el sistema seguido en el orden federal a través de la clásica ley orgánica de la justicia nacional (dec.ley 1285/58). Este modelo encierra una concepción de la defensa pública que la encorseta como un auxiliar de la Justicia, tal como nos enseñaban hace unos veinte años en los claustros académicos. Es obvio entonces que su organización se orienta indefectiblemente a la mayor funcionalidad que pueda prestar a las labores del Tribunal, siendo algo así como el hermano pobre de la familia judicial. Son los que cobran menos en relación a la inmensa cantidad y calidad de trabajo que deben acometer. En la escala de la carrera judicial constituyen el último escalafón como paso para llegar a cargos “superiores”, como fiscal o juez. Siguen al Tribunal de modo tal que no son los defensores que actúan *ante* determinado juzgado, sino que son defensores *del* Tribunal. Esa terminología posesoria revela de modo ingenuo la real subordinación que existe como consecuencia de la dependencia al órgano jurisdiccional. En este sistema resulta altamente improbable que la Defensa pública asuma el rol que le toca cumplir.

3. Autonomía

Resulta curioso que si bien el mayor grado de autonomía se da en el sistema independiente, la mayoría de las legislaciones provinciales predicán igual facultad pese a la dependencia que establecen respecto del Poder Judicial, lo que implica una errónea utilización del término que impide advertir las consecuencias prácticas de la cuestión.

La interpretación tradicional de “autonomía” responde a la capacidad de un ente para dictarse sus propias normas dentro de otro marco normativo general y superior. Mal puede hablarse de autonomía funcional completa respecto de una defensa pública cuya cabeza es un Tribunal Superior o Procurador General que no solamente dictan la normativa esencial que atañe a su organización, sino que también controlan y deciden sobre su funcionamiento.

La autonomía en esos sistemas es entendida en un sentido bastante restringido, equivalente a la concreta tarea de defensa judicial, por lo que la Defensa Pública sería realmente autónoma en ese exclusivo aspecto. Sin embargo, considerando la realidad global de la institución, que obviamente comprende aspectos que desbordan notoriamente el de la mera actuación judicial, cabe concluir que la autonomía funcional es más bien relativa por más que las leyes así lo proclamen, ya que la defensa pública no puede dictarse sus propias normas bajo esos regímenes, sino que le vienen dadas por otros órganos ajenos a sus funciones. Como una lógica consecuencia de esa diversidad, lo usual es la ausencia de normas específicas sobre la materia, aplicándose las previstas para los organismos jurisdiccionales.

Una verdadera excepción viene dada por Chubut, donde la autonomía funcional consagrada en la respectiva Constitución se manifiesta en la realidad a través de la existencia del cargo de Defensor General como verdadera cabeza de la defensa pública de la provincia.

4. Autarquía

Debe señalarse que luce bastante reducido el grado de autarquía, entendida como la capacidad de un ente para administrarse a sí mismo, comprensiva también del poder disciplinario y la facultad de manejo de los fondos y bienes necesarios para el desempeño de la función. Se presentan distintas variables, que van desde la notoria ausencia de un poder administrador propio hasta una delegación hecha por la autoridad superior en el Defensor público de mayor jerarquía, pasando por variadas situaciones intermedias. Pero legal y originariamente, excepción hecha del sistema federal y el de la provincia de Salta, se carece del poder administrador propio.

Ejemplos de la primer situación se encuentran en las provincias de San Luis, Jujuy, Entre Ríos, Chaco, Corrientes, Formosa, Misiones, Neuquén, Santa Cruz, Tierra del Fuego, donde la decisión administrativa pasa por el Tribunal Superior, mientras que en las provincias de Tucumán y Buenos Aires la faz ejecutiva es manejada por el Ministro Fiscal o Procurador General. La excepción está dada por el sistema federal, llevada a cabo por el Defensor General, al que se agregan las provincias de Salta y la Ciudad de Buenos Aires, donde el Ministerio Público es un órgano tricéfalo, integrado por el Procurador o Fiscal General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces o Asesoría General Tutelar. Sin embargo, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires debe señalarse un estrecho control del Consejo de la Magistratura en variados campos (reglamentario, financiero, disciplinario, designaciones y remociones)

5. Organización Jerárquica

5.1. En el esquema del sistema judicialista se advierten dos especies, según cual fuere el órgano de jerarquía máxima de cada provincia en relación a la Defensa pública:

- a) El Tribunal Superior
- b) El Procurador General

Adscriben a la primera hipótesis las mismas provincias que establecen el poder administrador en manos de los Tribunales Superiores, conforme al detalle efectuado en punto precedente.

Si bien por excepción se consagra legalmente en el Procurador General o Fiscal ante la Suprema Corte, la jerarquía máxima de la Defensa Pública (Buenos Aires, Mendoza, Jujuy, La Rioja, San Juan, San Luis, y Tucumán), en la práctica los Tribunales Superiores suelen delegar todo lo atinente a la Defensa pública, reservándose una suerte de avocación para situaciones conflictivas. La excepción es la provincia de Jujuy, donde el Tribunal Superior delegó esa misión en el Director del Departamento de Asistencia Jurídico-Social.

Aquí la situación es mucho peor porque la defensa tiene como jefe máximo... ¡al Fiscal!, produciéndose entonces una situación de verdadera esquizofrenia jurídico-institucional, donde la misma persona debe dar instrucciones y recursos de sentido contrario entre sí. Sin embargo, es dable destacar ciertas excepciones que amenguan esa situación, como la provincia del Chubut, donde la faz decisoria pasa por el Defensor General.

Queda fuera de la regla general la ciudad de Buenos Aires, que si bien establece un sistema judicialista, consagra como órgano máximo de la Defensa Pública un ente bicéfalo. Por un lado, el Defensor General y por otro el Asesor General Tutelar, de manera tal que se dividen en entidades autónomas dos funciones que en el sistema federal están unificadas en el Defensor General.

5.2. En el sistema independiente el órgano de jerarquía máxima es el Defensor General, como el sistema federal y la provincia de Salta.

5.3. En relación al resto de la organización jerárquica, gran parte de las provincias establecen un sistema horizontal, en el cual todos los defensores son jerárquicamente equivalentes, siendo su cabeza el Procurador General o el Tribunal Superior (Río Negro, Tucumán, Salta, Mendoza, La Rioja, San Juan y San Luis). El mismo orden, pero con diferente órgano máximo se sigue en la provincia de Jujuy, en la que tiene esa jerarquía el Director del Departamento de Asistencia Jurídico-Social, que es un defensor público oficial.

Otras provincias establecen un sistema vertical con diferentes grados, calcando las jerarquías judiciales, ya que distinguen en algunos casos el Defensor General en los sistemas que lo crearon, el Defensor de Casación, el Defensor de Cámara y el Defensor de Juzgado (Entre Ríos, Neuquén, Chaco, Corrientes, Chubut, Formosa, Tierra del Fuego, Misiones, Ciudad de Buenos Aires,). En cambio, la Provincia de Buenos Aires configura un sistema compuesto, pues luego del Procurador General siguen el Defensor ante la Cámara de Casación los Defensores Generales Departamentales, los Defensores Oficiales, y los Asesores de Incapaces.

6. Organización funcional

6.1. En relación a la organización funcional también se copia el modelo judicial, pues siguen la misma división de los Juzgados, por la materia y por el territorio, dividiéndose generalmente entre defensores civiles y penales.

Se observan las siguientes excepciones. En la capital de Córdoba se dividen en civiles y penales, mientras que en el interior los asesores letrados se dedican a todas las materias. En esa provincia cabe poner de relieve una "mesa de atención permanente", integrada por dos defensores de turno, que atienden las veinticuatro horas del día durante todo el año, resolviendo las cuestiones presentadas o remitiéndolas al defensor que corresponda.

Algo similar ocurre en Santa Fé, en la que la división por materia solamente se da en las ciudades de Santa Fé y Rosario. En Tierra del Fuego, San Juan, La Rioja, Jujuy y Santiago del Estero intervienen en todas las instancias sin distinción de materias. En Buenos Aires intervienen en todas las materias e instancias, salvo ante la Cámara de Casación, donde interviene un defensor específico.

En la provincia de Salta el criterio que los diferencia es otro, porque se dividen entre defensores oficiales, defensores de ausentes y defensores de incapaces. A su vez, los dos últimos atienden todas las materias, mientras que los defensores oficiales se dividen en aquellos que atienden la materia penal (subdividido en mayores y menores) y por otra parte la civil, comercial y laboral.

6.2. Con excepción del sistema federal y de las provincias de Entre Ríos, Jujuy, Mendoza, San Luis, San Juan, Neuquén, Santa Cruz, Mendoza, Chubut y La Rioja (en estas tres últimas provincias está legalmente previsto sin haber entrado en funcionamiento), y Misiones, la mayoría de las provincias no prevé defensores especializados en minoridad, cumpliendo esa tarea los defensores de mayores, y en algún caso los asesores de menores (Sta. Fé).

6.3. Como dato no muy conocido y recientemente implementado en el orden federal, algunas provincias admiten que los defensores públicos cumplan el rol de querellante en causa penal (ej. Córdoba, La Pampa, Santa Fé, Neuquén, Santa Cruz), situación que se torna bastante complicada cuando tanto la acusación particular como la defensa son asumidas por la Defensa Pública Oficial, cuyas funciones parecen bastantes alejadas del rol del acusador particular.

7. Organización territorial

Es una de las pautas para la división de tareas, siguiendo generalmente los límites demarcados por los departamentos judiciales. En provincias de gran extensión, los Defensores Públicos suelen concurrir periódicamente a zonas alejadas para brindar asesoramiento (ej. Río Negro y Chubut).

8. Gratuidad y honorarios

La gratuidad es común a todos los sistemas como principio general que admite excepciones, configuradas por aquellos casos en que se acredite solvencia patrimonial. El principio de gratuidad no rige cuando la defensa pública se desempeña como querellante, admitiéndose igualmente la eximición de pago en el supuesto de indigencia o imposibilidad.

Cabe señalar que en algunas provincias, cuando el defendido cuenta con recursos económicos y se trata de causas no penales, los asuntos suelen derivarse a abogados particulares de un listado de defensores de oficio confeccionado previamente (ej. Neuquén, Santa Cruz, Entre Ríos, Tierra del Fuego).

Sin perjuicio de la gratuidad del servicio para los defendidos, también se contempla la regulación de honorarios de los defensores públicos con el fin de que sean abonados por la contraparte vencida, siendo destinado en parte iguales al defensor y a las bibliotecas del Poder Judicial (ej. Chubut), o al Ministerio Público (ej. Buenos Aires, Salta, y La Rioja), o al Defensor Público Oficial (San Juan). Como contrapartida, algunas provincias prohíben expresamente la regulación de honorarios del Defensor Público (ej. Santa Cruz).

203

9. Defensa Pública de oficio

Como es sabido, la Defensa Pública puede ser *oficial*, formada por un elenco estable de personas que guardan una relación estable con el Estado nacional, y *de oficio*, que desempeñan los abogados de la matrícula, conformando la coexistencia de ambas un sistema mixto.

Si bien la defensa de oficio está prevista regularmente en la mayoría de las legislaciones, con excepción de Neuquén, Santa Cruz; su presencia real es más bien ínfima en la totalidad del servicio de defensa, lo que se debería al aparente desinterés en hacerse cargo de la función, que es regulada como una carga pública. Existen también instituciones civiles, religiosas y universitarias que en un porcentaje muy reducido también prestan servicios similares de modo particular.

10. Designación y remoción

10.1. Una parte de los distintos sistemas analizados prevén que la designación de los Defensores Públicos Oficiales se realiza por el Poder Ejecutivo previo acuerdo de las respectivas legislaturas, generalmente el Senado, salvo la provincia de La Rioja donde lo hace la Cámara de Diputados.

La forma seguida por las provincias de Formosa, Chaco, Misiones, Tucumán y Tierra del Fuego, es distinta, ya que allí es el Tribunal Superior el que efectúa los nombramientos. Igual ocurre en Neuquén, donde solamente se recurre al sistema mayoritario para la designación del Defensor Oficial ante el Superior Tribunal, ya que el resto de las designaciones las realiza ese órgano jurisdiccional.

En Chubut el cargo de Defensor General lo designa el Poder Ejecutivo con una mayoría

especial de la legislatura, mientras que el resto de los nombramientos lo realiza el Consejo de la Magistratura con acuerdo de la Legislatura. En San Juan los nombramientos están a cargo de la Cámara de Diputados a propuesta del Consejo de la Magistratura, mientras que en Río Negro el Consejo se encarga de esa actividad sin mayores especificaciones. En Jujuy las propuestas las hace el Tribunal Superior y los designa el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura.

Las nuevas legislaciones, con la finalidad de otorgar una mayor transparencia al procedimiento, mantuvieron ese sistema, más introdujeron métodos de selección previa de los postulantes mediante concursos públicos de oposición y antecedentes (vgr. sistema federal, provincias de Buenos Aires, San Luis, Santa Fé, La Pampa, La Rioja y Córdoba), incluyendo en algunos casos la intervención del Consejo de la Magistratura (Chaco, Formosa, Tierra del Fuego, Salta y ciudad de Buenos Aires).

10.2. Las remociones prácticamente en todos los casos se realiza a través de un jurado de enjuiciamiento, salvo que se trate del Defensor General -en los lugares que prevén ese cargo-, ya que allí deben seguirse las reglas del juicio político.

11. Conclusiones

Existe actualmente una marcada tendencia a renovar la concepción de la Defensa Pública en la Argentina, que paso a paso trata de superar escollos provenientes de la legislación y la realidad circundante que le impedían desarrollarse como institución.

Esos obstáculos se manifiestan legislativamente en las normas que ligan su actividad a la de otros poderes y órganos del Estado con funciones y fines que en algunos aspectos son comunes pero en otros son absolutamente diversos e incluso contrarios, como los fijados para el Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Ministerio Público Fiscal.. A ello se agregan los preceptos procesales que evidentemente parten de una visión previa del ejercicio de la abogacía, que terminan imponiendo a los actores que la hacen realidad, preconfigurando de ese modo esquemas o más bien caricaturas del Defensor Público y del abogado de la matrícula.

El aspecto factual comprende tres puntos. El primero atañe a la sobrecarga de tareas, escasez de recursos humanos y medios materiales, las cuales demandan una organización racional y específica del sistema de defensa pública. El segundo tiene en cuenta el trato otorgado por los demás poderes respondiendo al esquema o caricatura antes mencionado del Defensor Público. Y el tercero, íntimamente relacionado, destaca el nuevo y vigoroso perfil que imprimen a la función las personas que, pese a los obstáculos y deficiencias señalados, marcan nuevos rumbos en el rol de la institución, que se conecta decisivamente con la tutela de los derechos humanos.

El análisis normativo y el conocimiento práctico de la realidad realizados en el presente trabajo deja al descubierto un decidido avance en el sentido explicado, que no puede ubicarse en uno u otro lugar, sino que surge de diversos aspectos en las distintas jurisdicciones estudiadas, donde existe una profunda toma de conciencia sobre la importancia y necesidad de reformular el sistema de Defensa Pública.

II. EL SISTEMA FEDERAL Y PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Por *Leonardo Miño*
Eduardo Madar

Sistema Federal

La actual organización del Ministerio Público de la Defensa en el ámbito federal es fruto de la reforma constitucional del año 1994 que concibió un organismo de carácter bicéfalo, integrado por el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, independiente de los otros poderes del Estado, con autonomía funcional y autarquía financiera (art. 120, C.N.).

Esta nueva ubicación institucional implicó un cambio significativo para el sistema de la defensa pública federal dado que abrió el camino para perfilar un organismo de carácter constitucional destinado al ejercicio de la defensa y representación judicial o extrajudicial de las personas en el ámbito federal y ante los organismos internacionales, sin sujeción ni dirección de ningún otro poder estatal.

Como consecuencia inmediata de la reforma constitucional mediante la ley 24.946 (Sanccionada el 11/03/98, promulgada el 18/03/98 y publicada en el B.O. el 23/03/98) se conformó la actual estructura organizativa del Ministerio Público que en lo relativo a la defensa pública oficial introdujo una serie de innovaciones con respecto al diseño anterior, en particular todo el contexto normativo relativo a la Defensoría General de la Nación. En lo que atañe al sistema de organización prácticamente mantuvo la integración y los criterios de asignación funcional existente hasta ese momento.

El Ministerio Público de la Defensa se integra con el Defensor General de la Nación, máxima autoridad del organismo, y los Defensores Oficiales asignados para actuar ante los Tribunales Federales de todo el país y los Nacionales con asiento en la ciudad de Buenos Aires, a su vez se distribuyen de acuerdo a la instancia del proceso ante el cual se realiza la asistencia técnica y por razones de la materia .

Este diseño es un fiel reflejo de la estructura organizativa del Poder Judicial en particular por el criterio de asignación por instancia que también determina las diferentes jerarquías que tienen los Defensores Oficiales, por lo general equivalente a la del juez ante el que actúa.

En la integración del Ministerio Público prevalece el criterio de asignación por instancia (art. 4): a) Defensor Oficial ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que actúa por delegación del Defensor General de la Nación quien tiene el ejercicio exclusivo del Ministerio ante ese Tribunal; b) Defensores Públicos de Menores e incapaces ante los Tribunales de Segunda Instancia, Casación y ante los Tribunales Orales en lo Criminal y sus adjuntos ; c) Defensores Públicos Oficiales ante las Cámaras de Casación Penal y sus Adjuntos; d) Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Orales en lo Criminal y Adjuntos; e) Defensores Públicos Oficiales de Primera y Segunda Instancia del Interior del País; f) Defensores Públicos Oficiales ante los Tribunales Federales de Capital Federal; g) Defensores Públicos de Menores e incapaces de Primera Instancia; h) Defensores Públicos Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones; i) Defensores Adjuntos y Auxiliares ante la Defensoría General de la Nación, estos últimos con diferentes jerarquías; J) Tutores y Curadores Públicos.

A su vez el lugar de actuación del funcionario también constituye otro criterio para determinar la tarea, así en el interior del país no hay especificidad en la actividad sino que la representación del Ministerio Pupilar abarca todas las materias -criminal y correccional, civil y comercial, menores- con excepción de los Defensores ante los Tribunales Orales en lo Criminal. En la Ciudad de Buenos Aires ante los Tribunales Federales la especificidad por la materia está limitada a las

Defensorías Oficiales ante los Tribunales Federales en lo Criminal y Correccional en tanto la Defensoría Pública ante los Tribunales Federales ejerce el Ministerio en materia criminal, civil y comercial, contencioso-administrativo, seguridad social y menores.

Para el caso de la Justicia Nacional de la Capital Federal la distribución por materia es más específica ya que hay Defensorías Públicas Oficiales ante los Jueces y Cámaras de Apelaciones en lo Criminal, ante los Juzgados Correccionales, ante los Juzgados de Menores, ante los Juzgados en lo Penal-Económico, ante los Tribunales Orales en lo Criminal, ante los Juzgados de Ejecución Penal y ante los Juzgados en lo Civil y Comercial, estas últimas también actúan ante los Juzgados laborales

También como atribución del Defensor General de la Nación, que puede delegar, está la de patrocinar y asistir técnicamente ante los organismos internacionales que corresponda a las personas que lo soliciten.

La Ley Orgánica claramente especifica que el modelo de organización del Ministerio Público de la Defensa es jerárquico en tanto exige que cada integrante controle el desempeño de sus inferiores y de quienes lo asistan (art. 1).

Al Defensor General de la Nación se le confiere la atribución de instruir de manera general o particular a los miembros del Ministerio Público (art. 51, inc. b). La ley prevé que el Magistrado exprese su opinión personal y de considerar que la instrucción es contraria a la ley deberá informar fundadamente su criterio disidente (art. 31).

Todos los integrantes de la Defensa Oficial gozan de estabilidad en el cargo mientras dure su buena conducta y hasta los 75 años de edad como así también de inmunidad de arresto salvo los casos de flagrancia y están exentos de comparecer como testigos ante los Tribunales que en su caso deberán responder por escrito, bajo juramento y con las especificaciones pertinentes (art. 14).

El Defensor General de la Nación es designado por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes (art. 5, primer párrafo), para la designación de los restantes miembros del Ministerio Público de la Defensa de la Nación se exige que el Defensor General presente una terna al Poder Ejecutivo nacional que elegirá uno y luego para su nombramiento se requerirá el acuerdo de la mayoría de los presente en el Senado (art.5, último párrafo). La terna se conforma mediante un concurso de oposición y antecedentes sustanciado ante un Tribunal convocado por el Defensor General. La Resolución de la Defensoría General de la Nación N° 936/98 y su modificatoria N° 1412/99 disponen la reglamentación relativa al concurso.

El Defensor General de la Nación sólo puede ser removido de su cargo mediante juicio político (art. 18 primer párrafo, Ley Orgánica y arts. 56 y 59 de la C.N.). Los restantes miembros del Ministerio Público sólo podrán ser removidos mediante el Tribunal de Enjuiciamiento (art. 18, segundo párrafo), órgano que prevé la ley expresamente (art. 19) con las reglas de procedimiento para su actuación (art. 20). Vale destacar aquí que hay un régimen disciplinario contenido en la Resolución de Superintendencia N° 1252/98.

Tal como se informó anteriormente la Defensa Pública Federal goza de autarquía financiera en el sentido de que tiene partida presupuestaria propia cuya distribución y gestión es atribución exclusiva de la Defensoría General de la Nación (art. 51, inc. p).

La intervención de la Defensa Pública Oficial en las causas penales no requiere que el asistido se encuentre en alguna condición especial, ante la mera circunstancia de carecer de asistencia letrada en cualquier etapa procesal la designación de un defensor oficial deviene ineludible para el tribunal (art. 60, inc. b y art. 107 del C.P.P.N.). Pero en los casos de representación civil y comercial, ya sea en carácter de actor o demandado, la ley especifica que el asistido invoque y justifique una situación de pobreza o en su caso que se trate de un ausente (art. 60, inc. c).

En relación a la gratuidad del servicio la ley introdujo un cambio sustancial dado que el principio rige para aquellas personas que carezcan de medios económicos para solventar los gastos que demande la defensa. Se impone la obligación del pago de los honorarios para el caso de aquellos condenados que contaren con recursos suficientes al momento de la sentencia (art. 63, primer párrafo), esto último lo deja librado a la valoración que el juez hiciere del informe socio-ambiental y la información complementaria que éste ordene realizar (art. 63, segundo párrafo).

Sobre esta cuestión vale atender los considerandos de la Resolución de la Defensoría General de la Nación N° 754/98 del 20/7/98 que reglamenta los artículos 60, 63 y 64 de la ley 24.946 ya que además de hacer referencia a la constitucionalidad del pago de honorarios sobre la base del art. 14.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que otorga el derecho de todo imputado en causa penal a “...ser asistida por un defensor de su elección, a ser informada si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarlo...”, otorga criterios para la interpretación del artículo 63.

El texto normativo citado sobre la base de la particularidad propia del ámbito civil en tanto su intervención está condicionada al estado de pobreza o ausente del representado y la particular cuestión de los honorarios en las causas penales establece una serie de pautas para que los Defensores Oficiales puedan mensurar cada situación en particular.

Como se informó anteriormente la representación que ejerce el Ministerio Público de la Defensa es realizada en su totalidad por funcionarios públicos remunerados por el Estado Nacional (art. 12), incompatible con el ejercicio profesional de la abogacía salvo en supuestos excepcionales (art. 9). Es decir que el sistema de defensa en el ámbito federal tiene en principio carácter de pública salvo el caso de ser imposible la subrogación entre sus integrantes de un Defensor Oficial que por razones de excusación, impedimento, ausencia, licencia o vacancia no pueda realizar su función para el cual se prevé el reemplazo por un abogado matriculado desinsaculado de una lista de letrados que reúnan las condiciones para ser miembro del Ministerio Público (art. 11). La ley expresa que la designación en este tipo de casos constituye carga pública para el abogado seleccionado y que por la tarea realizada no percibirá renumeración alguna (art. 11).

La intervención de Defensores Ad Hoc se había previsto con anterioridad a la sanción de la ley orgánica mediante las Resoluciones de la Defensoría General de la Nación N° 525/97 y 1147/97 del 27/7/97 y 19/12/97, y ello con motivo de la problemática legal que generaba la sustitución entre sí de Jueces, Fiscales y Defensores Oficiales del Fuero Federal (Ley 20581 Régimen de Subrogancia de los Jueces Federales) en el interior del país, lo cual se oponía a la propia independencia del Ministerio Público. La reglamentación indicada aún hoy sigue vigente ya que se ajusta perfectamente al sistema de la ley.

La ley N° 23.187, que creó el Colegio Público de Abogados en la Capital Federal, establece como deber de la institución la promoción y organización de la asistencia y defensa jurídica de las personas que carezcan de recursos económicos (art. 20, inc. d). A su vez impone como obligación para el abogado la de aceptar y ejercer los nombramientos de oficio que por sorteo efectúen las autoridades del Colegio para ejercer la representación en ese tipo de casos.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tiene un servicio de patrocinio jurídico gratuito que está integrado por profesores y alumnos avanzados que se dividen por comisiones de acuerdo a la materia (civil, penal, laboral). Entidades de enseñanza universitaria de carácter privado como la Universidad Católica Argentina y la Universidad de Belgrano también disponen de consultorios jurídicos gratuitos.

Provincia de Buenos Aires

I. Breve resumen de su historia

Desde el año 1722 el Cabildo de la provincia designó anualmente a unos de sus miembros para que ejercieran la defensa de los pobres ante los tribunales de la ciudad; cargo que se desempeñaba ad honorem y que imponía al funcionario el abono de los gastos del asesor letrado y de los sellados que correspondieren. Hacia 1785, a fin de aliviar el peso económico de la función, se autorizó a los jueces a designar un abogado, quien debía actuar gratuitamente, atento a las imposiciones de su juramento como letrado.

Después de 1813, por medio de una ordenanza del Cabildo, se dotó al defensor de un salario. Sus obligaciones pasaban por la defensa en fuero criminal de pobres detenidos en cárceles y hospitales; la defensa de pobres en lo civil y la asistencia letrada a esclavos destinados a lugares de corrección. Asimismo, se le imponía la concurrencia a cárceles, hospitales e institutos de corrección; el instar la actividad en los procesos y dar cuenta al Cabildo de las necesidades de los detenidos.

En diciembre de 1821 se suprimen los cabildos y se crea la Justicia Provincial y de Paz, designándose a un letrado como Defensor de Pobres y Menores y Procurador General de la provincia, cargos que se separaron en 1824.

El Defensor General de Pobres, de Menores y Protector de Naturales, fue creado por Juan Manuel de Rosas en 1829, agregándose a dicho magisterio un letrado en 1830.

Si bien la constitución de 1873 estableció la libre defensa y representación ante todos los tribunales de justicia, en 1876 la Suprema Corte, por medio de acordada, estableció la necesidad de ser abogado para intervenir en causa criminal.

Finalmente en 1886, por ley 1836, se instituyó el Defensor Letrado Oficial para el Departamento Judicial de la capital de la provincia, quien ejercía en causas criminales y correccionales de detenidos o procesados que no tuvieran o no quisieren designar defensor particular; función que fue reglamentada por la Suprema Corte el mismo año, resaltando la obligación de concurrir semanalmente a las cárceles. En 1894 por ley 2511 se estableció que el Defensor de Pobres sería designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado por el término de seis años. Posteriormente, la ley 3778 lo hizo funcionario "ad vitam" y le prohibió el ejercicio de la profesión.

II. Constitución de 1934

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires del año 1934, dentro de la sección quinta, referida al Poder Judicial, previó la existencia del Ministerio Público, conformado por el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia, los Fiscales de Cámara, los Agentes Fiscales, los Asesores de incapaces y el cuerpo de Defensores de pobres y ausentes (art. 180).

La ley que regulaba sus funciones era la 5.827, modificada en numerosas ocasiones, que organizaba a todo el poder judicial. Su art. 76 le atribuía al Procurador la superintendencia del organismo, la facultad de dictar reglamentos y de emitir instrucciones dentro del marco de las normas dictadas por la Suprema Corte; organizando la Defensa Oficial en lo penal, civil y comercial y ante los jueces de paz los arts. 80 y ss. En este último supuesto, el ministerio se ejercía por medio de un letrado inscripto voluntariamente en una lista del Colegio de Abogados, quien era remunerado por el Poder Judicial; interviniendo el Defensor Oficial solo subsidiariamente.

Dentro del marco de esta ley, tanto los Defensores como los Asesores eran controlados en sus tareas por el Fiscal de Cámara (art. 77).

III. Disposiciones constitucionales vigentes

En el año 1994 se reforma la Constitución de la Provincia, que respecto del Ministerio Público solo agregó la figura del Subprocurador General.

El artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires asegura el acceso a la justicia, la gratuidad de los tramites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes; la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.

En cuanto a la organización de la institución, se señala en la sección sexta, que trata sobre el Poder Judicial, que el Ministerio Público será desempeñado por el Procurador y Subprocurador General de la Suprema Corte de Justicia; por los Fiscales de Cámaras, por Agentes Fiscales, Asesores de Menores y Defensores de Pobres y Ausentes; otorgándose al Procurador General el ejercicio de la superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público (art. 189).

Asimismo, se establece que al igual que los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el Procurador y el Subprocurador General, serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros (art. 175): y que el Procurador y Subprocurador General de la Suprema Corte de Justicia conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta (art. 176).

El resto de los miembros del Ministerio Público es designado por el Poder Ejecutivo de una terna seleccionada por el Consejo de la Magistratura, acorde lo manda la ley 11.868 del año 1996.

De la simple lectura de estos preceptos se advierte que el servicio de defensa pública provincial no solo no es independiente, sino que esta sujeto desde un marco constitucional a dos instituciones cuyos fines específicos le son ajenos, el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal.

IV. Ley de Ministerio Público (12.061)

En el año 1997 se sanciona la ley 12.061, del Ministerio Público (anteriormente regía, como se señalara, la ley 5827, Ley Orgánica del Poder Judicial), a fin de adaptar la institución al sistema acusatorio del nuevo código de procedimientos en lo penal (ley 11.922). En ella se establecen los clásicos principios de unidad, indivisibilidad, flexibilidad y descentralización.

a) Ubicación Institucional

El Ministerio Público en el ámbito provincial es parte integrante del Poder Judicial, gozando de la autonomía que establece la Constitución para su función requirente, término que refiere mas a la actividad propia del Ministerio Público Fiscal, y que deja sin misión específica, dentro del marco general de esta ley al Ministerio de la Defensa.

Los magistrados tienen los mismos derechos e inmunidades que los jueces, debiendo ser removidos por juicio político (arts. 73 inc. 2º y 182 de la C.P.B.A).

b) Organización

Forman el órgano el cuerpo de Fiscales, los Defensores Oficiales y los Asesores de Incapaces; encabezados por el Procurador General.

El Procurador General fija las políticas del Ministerio Público y controla su cumplimiento, pudiendo dictar instrucciones generales; promueve la acción de remoción; preside y convoca el Consejo de Defensores, que propone directrices generales de actuación, y dicta los reglamentos pertinentes.

Dictamina en lo que decida la Suprema Corte en cuestiones de superintendencia, requiriendo a esta las sanciones expulsivas e imponiendo las correctivas, con comunicación a la Suprema Corte.

Por ley 11.982 del año 1997 se creó el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, refiriendo su art. 10mo. que por ante dicho tribunal actuaría la Defensoría de Casación, con las funciones que determine la ley específica.

Por ello, la ley de Ministerio Público instituyó la Defensoría de Casación, órgano de mayor jerarquía en el sistema de defensa pública, a quien siguen los Defensores Generales Departamentales, los Defensores Oficiales y los Asesores de Incapaces.

Por resolución 479/98, el Procurador General delegó en la Defensoría de Casación la superintendencia de la defensa oficial, atribuciones que se suman a las que por ley le corresponden: organizar el funcionamiento y proponer al Procurador General el nombramiento de funcionarios, auxiliares y empleados (art. 18); dictar instrucciones generales; e imponer sanciones disciplinarias de tipo correctivo interno, según la reglamentación dictada por el Procurador.

Los Defensores Generales Departamentales ejercen la superintendencia por delegación del Procurador; teniendo facultades para proponer a su consideración los nombramientos de funcionarios y empleados, y para determinar la distribución de causas o asignar a magistrados para que atiendan algún tema especial, desafectándolo de sus tareas habituales. Asimismo, pueden solicitar al Fiscal de Cámara la colaboración de la policía judicial, y ejercer facultades disciplinarias según el reglamento que establezca el Procurador.

El defensor a cargo del Departamento Judicial es elegido por el Procurador, hasta tanto se designe definitivamente al magistrado que corresponda, habiéndose establecido en la práctica un sistema rotativo entre los diferentes defensores.

210 | Según el art. 21 le corresponde al Defensor Oficial asesorar, representar y defender gratuitamente a quienes carezcan de recursos para hacer valer su derechos en juicio.

Los defensores se encuentran divididos entre los del fuero penal y los del fuero civil. En lo penal el mismo agente interviene ante el fuero criminal, correccional y de faltas, en primera y segunda instancia, tanto del nuevo sistema procesal como del antiguo régimen (ley 3589). No se prevé su intervención en el fuero de menores, donde actúa promiscuamente el asesor de incapaces, y solo el defensor particular, si lo hubiere.

c) Funciones

En el fuero penal, los magistrados deben intervenir en defensa del imputado que no tenga abogado; pueden intentar acuerdos en su despacho, citar a las partes, celebrar acuerdos judiciales y extrajudiciales, y solicitar su homologación. Se garantiza el secreto profesional, y se remarca que no puede obligarse al asistido a elegir alternativas que deban depender de un acto libre de voluntad.

d) Recursos

Aparte de lo que se asigne dentro del presupuesto del poder judicial, el Ministerio Público tiene una partida especial para atender al cumplimiento de sus funciones; refiriendo la ley que se dispondrá una cuenta especial formada con los honorarios y costas regulados en su favor y las multas impuestas en los procesos penales.

El Procurador administra los recursos humanos y materiales conforme las reglas generales dictadas para el Poder Judicial; participa en la confección del proyecto de presupuesto anual del Poder Judicial y administra y dispone los fondos de la cuenta especial del Ministerio Público; debiendo informar a la Suprema Corte anualmente sobre el estado en que se halla dicha administración, para que esta a su vez informe a la Legislatura.

e) Sistema de Defensa Pública

En cuanto hace a la Defensa Pública, el sistema de la ley es mixto, refiriendo que pueden integrarse a la defensa pública los abogados de la matrícula como colaboradores, según la reglamentación vigente, que a la fecha no ha sido establecida; sin perjuicio de las obligaciones de asistencia gratuita establecidas por la ley 5.177 de ejercicio de la profesión de abogado y procurador de la provincia.

Sin perjuicio de garantizarse la asistencia jurídica gratuita, el condenado en costas está obligado a abonar los honorarios conforme la ley de arancel vigente, cuando haya sido representado por un miembro de la institución, previéndose inclusive, que deber pagar en caso de mejorar su fortuna.

Otros datos:

La provincia de Buenos Aires abarca un territorio de 307.571 km², con una población de 14.047.480 habitantes. Se encuentra dividida en 18 departamentos judiciales, contando con un total de 169 defensores y unos 26.000 abogados (datos del año 1999). En 1999 había 12.580 detenidos en la provincia, el 87 % de ellos procesados, el 10 % condenados y el 3% inimputables.

Bibliografía:

Algunos aspectos del sistema de la Defensa oficial en la Provincia de Buenos Aires. Luis María Nolfi y Martín Miguel Nolfi. La ley, 23/5/96.

Material de debate y discusión de las Primeras Jornadas sobre Defensa Pública en la Provincia de Buenos Aires, 21 y 22 de agosto de 1999. Mar del Plata.

El Ministerio Público en la Provincia de Buenos Aires. Centenario de su organización. La Plata, 1975.

III. PROVINCIAS DE TIERRA DEL FUEGO, NEUQUEN, SANTA CRUZ, CHUBUT, RIO NEGRO, SALTA Y TUCUMAN.

Por *María Laura Böhm*

Natalia Pontoriero

Provincia del Neuquén

La Defensa Pública Oficial actúa como órgano dependiente del Poder Judicial. Es decir, el Defensor ante el Tribunal Superior de Justicia tiene el mismo rango que los magistrados que lo componen, pertenece al Poder Judicial y junto con el Fiscal ante el Tribunal Superior actúan como auxiliares permanentes de los órganos jurisdiccionales. Esto surge de la Constitución Provincial en su artículo 150 (Constitución reformada por Ley 2039, aprobada por referendun popular en 1994).

Hay por tanto dependencia financiera, ya que el Ministerio Público está organizado dentro de la estructura del Poder Judicial, como un órgano más.

Tiene el Ministerio Público autonomía funcional parcial respecto del Poder Judicial. Los defensores de Cámara, así como los defensores de primera instancia responden al Defensor ante el Tribunal Superior de Justicia. El defensor mencionado es quien da las directrices de trabajo, dicta resoluciones atinentes a la función de la defensa y ejerce poder disciplinario, aunque este último con control del Tribunal Superior (art. 23, pto. b), 2° párrafo).

Por lo dicho, la organización del Ministerio Público de la Defensa es idéntica en lo que a jerarquías respecta a la del resto del Poder Judicial. Los defensores comparten el rango de los magistrados de la instancia ante la cual actúan. Sus empleados llevan los mismos cargos que los empleados de juzgado o tribunal.

El sistema de la defensa en la provincia del Neuquén está a cargo exclusivamente de la Defensa Pública Oficial. Aunque cuenta con un sistema de asesoramiento gratuito estructurado por los Colegios Públicos de Abogados y separadamente por la Universidad Nacional de Comahue.

En cuanto a la materia, los defensores públicos se dividen en defensores penales, civiles y de menores. Estos últimos actúan en todos los procesos en que se requiere defensa de un menor, cualquiera sea la materia de que se trate. Esta misma división existe tanto en la Primera Instancia como en las Defensorías ante las distintas Cámaras, tanto Penal como Civil y Comercial.

En lo que a la función de los distintos defensores del Ministerio Público respecta, se detallan en el art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como funciones del Defensor de Menores, Pobres, Incapaces y ausentes ante el Tribunal Superior de Justicia las siguientes: jefatura del Ministerio Pupilar ejerciendo Superintendencia; continuar ante el Tribunal Superior la intervención que compete a los Defensores Oficiales de instancias inferiores así como en aquellas en que tiene competencia originaria el Tribunal mencionado; asistir a los acuerdos del Tribunal Superior; asistir a visitas que realice el Tribunal Superior a centros de detención e internación; inspeccionar las Defensorías y centros de internación y detención; dictar los reglamentos para el Ministerio Público Pupilar.

Asimismo en el art. 65 bis del mismo cuerpo normativo se reglamentan las funciones del Defensor ante la Cámara, contándose entre ellas continuar ante las Cámaras de Apelaciones la intervención que corresponde a los Defensores de Primera Instancia; asistir a las visitas de centros de internación y detención; ejercer la superintendencia del personal propio y de las Defensorías de Primera Instancia.

212 |

Por último corresponde a los Defensores de Primera Instancia intervenir como parte legítima y esencial en todo proceso civil, comercial, laboral y de minería donde hubiere menores o incapaces ejerciendo su representación promiscua o directa; ejercer las acciones necesarias para que se provea la designación de tutores y curadores a menores e incapaces, fiscalizando el cumplimiento de funciones por parte de aquellos; ejercer las tareas correspondientes al Patronato de los menores; evacuar consultas jurídicas y patrocinar a los declarados pobres de solemnidad; asumir la defensa en causa penal de quienes no hayan designado defensor particular; asistir a las visitas de centros de internación y detención (art. 67 Ley Orgánica).

Más allá de estas funciones enumeradas por ley, cuentan los defensores penales con la obligación de asistir a quienes siendo declarados pobres de solemnidad decidan constituirse en parte querellante en causa penal en que el delito investigado sea de aquellos cometidos contra la integridad sexual. No obstante estar sentada consuetudinariamente esta función, es muy poca la actuación que se realiza en este ámbito.

El Defensor Público Oficial sólo interviene en procesos civiles o comerciales cuando quien requiere la asistencia técnica es declarado pobre de solemnidad, si la persona cuenta con recursos económicos la defensa es derivada a abogados particulares. En el ámbito penal aún tratándose de personas pudientes, la intervención debe llevarse a cabo para cumplir con la debida defensa en juicio penal requerida por los arts. 18 de la Constitución Nacional y 32 de la Constitución Provincial. Por resolución del Defensor ante el Tribunal de Justicia, en caso de regularse honorarios luego del proceso penal y de no haber sido declarado el defendido pobre de solemnidad, los honorarios regulados deben ser retribuidos al Poder Judicial. Obviamente en los procesos no penales, no se da esta situación puesto que en caso que la persona no sea declarada pobre de

solemnidad no puede ser asistida por la defensa pública. Es entonces corolario de lo anterior, que los defensores no pueden cobrar más emolumento que el correspondiente a su sueldo fijado por ley.

Provincia de Santa Cruz

Al igual que en la Provincia del Neuquén, no existe otra defensa gratuita que la provista por el Ministerio Público Pupilar. Es decir que el sistema de defensa gratuita es unitario.

Los defensores de pobres, ausentes e incapaces, cualquiera sea la instancia ante la cual actúen, son funcionarios del Poder Judicial de la Provincia. Esto es demostrativo de la dependencia que tiene el Ministerio Público Pupilar respecto del Poder Judicial.

Nada dice la Constitución Provincial (Constitución de la Provincia de Santa Cruz, sancionada el día 27 de noviembre de 1998) respecto del grado de autonomía que tiene el Ministerio Público, no obstante puede determinarse que existe una relativa autonomía funcional del Ministerio Público Pupilar respecto del Poder Judicial, ya que el art. 70 de la Ley N° 1 (según modificación de ley N° 2404/95) establece que el Agente Fiscal y el Defensor de Pobres, ausentes e Incapaces ante el Tribunal Superior de Justicia serán los jefes del Ministerio Público Fiscal y Pupilar respectivamente, ejerciendo inspección, supervisión y superintendencia sobre aquellos, sin perjuicio de la que en general ejerce el propio Tribunal. No existe en cambio autonomía financiera.

La organización jerárquica, al igual que en la provincia del Neuquén, es la misma que posee el Poder Judicial.

No está prevista en esta provincia la división funcional de la defensa. Pública, es decir, sólo se distribuye la actuación de las defensorías según sean éstas de Mayores o de Menores. No hay por tanto especialización por materias en ninguna de las instancias.

Respecto de las funciones que corresponden a los defensores públicos reza el art. 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

"Corresponde a los Defensores de Pobres, Ausentes e Incapaces intervenir en todos los asuntos judiciales y extrajudiciales que se relacionen con las personas o intereses de los menores, incapaces, encarcelados y pobres de solemnidad, sea en forma promiscua, directa, delegada o como patrocinante, a fin de solicitar las medidas necesarias para la conservación de los derechos de los mismos. Podrán al efecto entablar en su defensa las acciones o recursos necesarios, sea directa o conjuntamente con los representantes de los incapaces, actuar como amigables componedores y en los arreglos extrajudiciales de las partes."

Por su parte el art. 84 de la misma ley establece como atribuciones especiales el intervenir como parte legítima en todo juicio o causa que afecte a los intereses de incapaces, directa o conjuntamente con sus representantes, asumir la defensa en causa penal siempre que no sean representados por abogados de la matrícula, patrocinar y asesorar a los pobres en toda causa, asumir la representación y defensa de las personas y bienes de los ausentes, velar por la conducta, moralidad, seguridad y trato de los incapaces, con facultades de supervisión al respecto, intervenir como Defensor Promiscuo de los menores.

Además de las funciones legalmente pautadas está prevista la actuación de los defensores públicos como asistentes letrados de quien se constituye en parte querellante en causa penal. En el caso que en la circunscripción de que se trate haya sólo dos defensores, uno actúa de defensor y el otro de patrocinante de la querella. Si por intereses contrapuestos, ambos defensores tuvieran que ejercer la defensa, subroga un miembro del Ministerio Fiscal. En caso que no sean suficientes estos funcionarios por la complejidad de la causa, se acude a la nómina de abogados particulares.

No está permitida la regulación de honorarios en causas en que intervino Defensor Oficial. Por otra parte sólo puede intervenir la defensa oficial cuando se trata de proceso penal y el imputado no designa abogado de su confianza, o cuando siendo proceso civil, quien pretende ser asistido percibe un sueldo inferior a los ochocientos pesos. Si bien esta norma es de carácter general, en cada caso concreto vuelven a evaluarse estas pautas, teniendo en cuenta no sólo el ingreso salarial familiar, sino asimismo cantidad de hijos, propiedades, etc. Lo expuesto significa que los defensores no perciben honorarios, sino una dieta fija acorde con el cargo y la equiparación existente entre el mismo y los cargos de los magistrados del poder judicial.

Provincia del Chubut

El régimen de defensa gratuito es llevado a cabo exclusivamente por la Defensa Pública Oficial. Es decir, que como en los casos anteriores, el sistema de defensa es unitario.

Así como en el caso de las provincias del Neuquén y de Santa Cruz, el Ministerio Público acorde con el art. 194 de la Constitución chubutense, forma parte del Poder Judicial (Constitución de la Provincia del Chubut, sancionada el 11 de octubre de 1994). Esta misma disposición sienta la autonomía funcional del Ministerio Fiscal y del Ministerio de Pobres, Ausentes, Menores e Incapaces. Es cabeza de este último, el Defensor General ante el Superior Tribunal de Justicia. Sin embargo este cargo, creado por la Constitución provincial de 1994 aún se encuentra vacante, siendo por tanto ejercido interinamente por el Procurador General ante el Superior Tribunal de Justicia.

Por ser el Ministerio Público parte integrante del Poder Judicial, posee la misma organización jerárquica que este último. Aunque no la misma división funcional, puesto que los defensores generales (Cap. III Ley Orgánica 3193) actúan ante los distintos fueros sin distinción de materia. Si debería existir en cambio, una separación entre los funcionarios que actúan en defensa de niños y adolescentes y los que lo hacen en la de mayores de edad. Se utiliza aquí el verbo en tiempo condicional, ya que si bien por Ley N° 4347 (en su Libro II, Tit. 1°, Cap. 1°) mayores y menores está cubierto por distintas defensorías, en la práctica dicha escisión aún no ha sido concretada. Esta misma ley dispone que los jueces y funcionarios deben acreditar como requisito ineludible para actuar frente a este Fuero de la Niñez, la Adolescencia y la Familia, capacitación y versación en materia de niñez, adolescencia y familia (art. 75).

Las funciones de los defensores oficiales varían según sean éstos Defensores Generales, Defensores de Cámara o Defensores de Menores e Incapaces (sin contar por supuesto al Defensor General ante el Superior Tribunal de Justicia). Las correspondientes a los primeros están dadas en el art. 42 de la mencionada Ley Orgánica que determina entre sus funciones la representación de aquellos que gocen del beneficio de litigar sin gastos, así como de los ausentes, y de los imputados en causa criminal o correccional mientras no sean representados por abogados de la matrícula, efectuar visitas a las cárceles y concurrir a las que realicen los magistrados, proponer el nombramiento de su personal al Superior Tribunal, sancionar a aquel, integrar las Juntas Zonales del Patronato de Presos y Liberados conforme a las normas de su creación.

Por su parte los defensores de Menores e Incapaces, que cumplen con la función de asesores civiles, tienen prescriptos por ley los siguientes deberes (art. 49): intervenir en todo juicio o causa en que estén en juego los intereses de incapaces; agotar los recursos a este respecto; velar por la conducta, moralidad, seguridad y trato de los incapaces con facultad de fiscalizar la actuación de sus representantes; inspeccionar los establecimientos públicos y privados destinados a su internación; efectuar todo acto o diligencia conducente al mejor ejercicio de las facultades antecedentes; proponer al Superior Tribunal el nombramiento del personal de su dependencia

así como encargarse de su sanción; integrar las Juntas Zonales del Patronato de Presos y Liberados.

Por último y en cuanto a las funciones de los Defensores de Cámara, sólo debe consignarse que los mismos son quienes intervienen en la defensa penal de aquellas causas remitidas por los juzgados penales de primera instancia en lo criminal, cuando en las mismas se ha requerido la elevación a juicio del proceso. Es decir, que estos defensores, llevan a cabo la defensa durante la etapa de juicio (el cual es oral, puesto que el Código de Procedimientos de la Provincia del Chubut es el mismo que el nacional) y el tiempo posterior al mismo si es que hubo condena. Su función es por tanto equivalente a la de los Defensores ante Tribunal Oral y ante Juzgado de Ejecución. No está prevista en esta provincia, la participación de las Defensorías Oficiales al momento de patrocinar a quienes estén interesados en constituirse en parte querellante.

Como dato destacable, es interesante mencionar que las defensorías oficiales realizan tareas de asesoramiento no sólo en su propio lugar de atención, sino que también en zonas alejadas de los centros. Personal de la dependencia se traslada cada quince días (previo anuncio a la población por medios radiales o televisivos) a algún centro de atención pública a realizar asesoramiento durante uno o dos días, ya que los ciudadanos de esas poblaciones pequeñas y alejadas, no tienen la posibilidad de abonar quizás por simples consultas, a abogados particulares, que por otra parte, no abundan en estas zonas aisladas. Es decir, la extensión de esta región así como su baja densidad de población, tienen repercusiones importantes en lo que a la tarea de los Defensores Oficiales respecta.

Respecto de la gratuidad de la intervención de los Defensores Oficiales, el art. 43 de la Ley 3193 establece que no pueden éstos percibir honorarios por sus servicios cuando actúan en causa penal. Para los demás casos establece que podrán percibir el cincuenta por ciento de lo que abone la parte contraria, o su propio defendido cuando tuviere bienes o mejorare de fortuna. El cincuenta por ciento restante es destinado al acrecentamiento de las bibliotecas del Poder Judicial.

Similar es la normativa respecto de los Defensores de Menores, Incapaces y Ausentes (o sea, los asesores civiles). El art. 50 de la misma ley destaca que no pueden percibir honorarios no sólo por causas penales, sino tampoco por aquellas en que hayan ejercitado una representación promiscua, y regula asimismo igual sistema que el de la norma transcrita respecto a aquellas causas en que el cobro de honorarios es posible. Para que quien requiere el patrocinio pueda ser asistido por la defensoría Pública, es necesario que previamente haya cubierto el trámite que corresponda al tipo de cuestión que es llevada a juicio. En algunos casos se exige la Carta de Pobreza, que es expedida por el Juez de Paz, luego de constatar el estado patrimonial del sujeto y haber oído a dos testigos; para otros trámites, se debe iniciar el incidente de Beneficio de litigar sin gastos. No es baladí recordar que estas exigencias se encuentran dentro del ámbito de la justicia civil, ya que la defensa penal no requiere de otro requisito que el no nombramiento de defensor particular.

Más allá de estas disposiciones legales, está dispuesto en el art. 170 de la Constitución Provincial la asignación mensual intangible de los funcionarios del Poder Judicial.

Provincia de Río Negro

La Provincia de Río Negro no cuenta con un sistema mixto respecto de la defensa gratuita, esto quiere decir que al igual que las provincias anteriormente vistas, únicamente cumplen esta función los Defensores Públicos Oficiales, dependientes del Ministerio Público Pupilar. El Ministerio Público forma parte del Poder Judicial, acorde lo establecen los arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica

2430 y el art. 215 de la Constitución Provincial (Constitución de la Provincia de Río Negro, sancionada el día 3 de junio de 1988). Cuenta no obstante con autonomía funcional, dispuesta en la última norma mencionada. Así los arts. 69 y 71 de la ley mencionada ponen en cabeza del Procurador General la jefatura de ambos Ministerios, el Fiscal y el Pupilar. Por ser parte integrante del Poder Judicial, no cuenta con autonomía financiera.

Si bien forman parte del Poder Judicial, no tiene el Ministerio Pupilar la misma organización que aquel. Los defensores no cuentan en su organigrama más que con una única jerarquía, los Defensores Generales. Estos sí están divididos según el fuero ante el cual actúan, siendo uno penal, y el otro civil.-comercial-laboral y de minería. Esto significa que el mismo defensor que interviene al inicio de la causa o expediente, intervendrá incluso hasta la interposición del recurso extraordinario. Otra categoría distinta es la conformada por los Asesores de Menores e Incapaces, que cubren funciones de índole absolutamente diferente. No existe separación entre mayores y menores, puesto que si bien existe una ley que dictamina la división de el Fuero de Menores por separado, con magistrados y Ministerio Público especializado, esto aún no ha sido puesto en práctica.

Sus funciones son las establecidas en el art. 76 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta norma establece que las atribuciones y deberes de los defensores generales son : La representación y defensa en juicio de los que gocen del beneficio de litigar sin gastos; La representación y defensa de los imputados y condenados en causa penal; la representación de los ausentes, de los trabajadores; asistir a las visitas de cárceles e informar a sus defendidos del estado de sus causas; llevar los libros de actas, de los convenios, visitas, y todo otro que considere conveniente; ejercer las funciones de representación de los incapaces y de asistencia y contralor de sus representantes legales, que les correspondan por las leyes de fondo;

216 | En cuanto a los asesores de Menores e Incapaces, se establecen sus deberes y atribuciones en el art. 77 de la mencionada ley, siendo los mismos los fundamentales correspondientes a quienes ejercen la representación promiscua de todo incapaz (cuidado de sus personas y bienes; inspeccionar los establecimientos públicos o privados, destinados a su internación) así como tareas de orden administrativo como el llevado de libros de control y registro de las personas y bienes de los menores, de sus visitas, etc.; y por último la tarea de representación y defensa en todo juicio en que se halle comprometido un menor o incapaz.

En la provincia aquí en estudio, se da el mismo caso de la Provincia de Chubut en cuanto a la necesidad de cumplir con tareas de asesoramiento tanto dentro como fuera de la dependencia. En Río Negro, es el propio defensor quien se traslada por dos o tres días una vez por mes hacia alguna zona alejada para zanjar consultas de derecho. Evidentemente la zona sur se presta, por su extensión, para tales requerimientos.

Estas funciones son ejercidas por los defensores Oficiales, siempre que tratándose de procesos civiles o comerciales se haya tramitado la correspondiente carta de pobreza, que como se indicó *ut supra* trae aparejado el beneficio de litigar sin gastos. Únicamente se permite la asistencia del Defensor Oficial sin estar cubierto el trámite mencionado, cuando el proceso se refiere a alimentos, o guardas de hecho. En el caso de causa penal, la defensa se lleva a cabo siempre, independiente de la fortuna del procesado. En el caso que se regulen honorarios, el monto abonado por la otra parte es destinado en su integridad a la Biblioteca del Poder Judicial, a través del Departamento de Acción Social del Poder Judicial.

Provincia de Tierra del Fuego

En la Provincia de Tierra del Fuego únicamente los defensores Públicos Oficiales son quienes llevan a cabo la tarea de defensa en forma gratuita. Existe sin embargo una práctica forense por

la cual se confecciona una lista de abogados que o por la escasez de trabajo o por ser novatos en la tarea, están dispuestos a asistir con honorarios menores o en "cómodas cuotas" a quienes tienen un ingreso familiar superior a los seiscientos pesos (que provoca que no se habilite la posibilidad de ser asistido por Defensor Oficial) pero no lo suficientemente solvente como para afrontar el monto habitualmente elevado de los honorarios de los abogados de la matrícula.

El sistema de la defensa Pública en la provincia aquí en estudio, queda organizado dentro del Poder Judicial. El art. 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 110 dictamina que el Defensor de Menores, Pobres, Incapaces y Ausentes ante el Superior Tribunal de Justicia forma parte del Poder Judicial. No hay en el Ministerio Público Pupilar ningún tipo de autonomía funcional o financiera. Si bien muchas decisiones parecen poder ser adoptadas por el Defensor ante el Superior Tribunal, siempre (o casi siempre) éstas deben ser informadas al Superior Tribunal para su aceptación o cuanto menos su "téngase presente".

En similar situación que la de la Provincia de Río Negro, no cuenta la provincia aquí en estudio con una separación de actuación según las instancias ante las cuales actúan los defensores. Únicamente existen dos niveles jerárquicos: El Defensor de Menores, Pobres, Incapaces y Ausentes ante el Superior Tribunal de Justicia, y los Defensores Públicos. El primero actúa como Jefe del Ministerio Público de la Defensa, y cuenta entre sus funciones las siguientes (previstas en el art. 68 de la Ley Orgánica): *Intervenir en todas las causas de competencia originaria y cuando la representación procesal de la parte hubiera sido ejercida en las instancias inferiores por los Defensores Públicos; dictar reglamentos internos; las tareas generales de Defensa también correspondientes a los Defensores Públicos; y ejercer la defensa ante el Tribunal de Juicio en lo Criminal.*

En cuanto a las funciones que competen a los Defensores Públicos, menciona fundamentalmente el art. 69 de la misma ley que estos intervienen en la representación y defensa de pobres, menores, ausentes, imputados y condenados en causa penal, en los casos que prescriban las leyes específicas, deben realizar inspección en los establecimientos de detención

Surge palmario de esta breve reseña de funciones de los Defensores Públicos, que no está prevista la actuación de Defensores exclusivamente de Menores. Cada Defensor Público actúa no sólo ante todos los fueros, sino que en representación de mayores y menores por igual. El único fragmento vedado en lo que a los juicios comunes respecta, es el correspondiente a la asistencia penal ya en la etapa de juicio criminal. Su intervención alcanza hasta el requerimiento de elevación a juicio, siendo el Defensor ante el Superior Tribunal quien actúa en dicha instancia. Existe en la Provincia la figura del Defensor Mayor, quien siendo uno de los Defensores Públicos tiene como única función extra el subrogar al Defensor ante el Superior Tribunal en los casos en que éste se encuentre de licencia.

La intervención de los Defensores Oficiales es absolutamente gratuita para quien es asistido por ellos. Más no siempre se está autorizado a lograr su intervención. El art. 71 de la Ley orgánica dispone que salvo casos de urgencia que no admita demoras, los Defensores Públicos en los casos en que se requiere su intervención como defensor de Pobres, deben requerir al interesado que consulte el caso con un abogado de la matrícula. Sólo si este letrado no acepta el cargo, podrá gestionarse el beneficio de litigar sin gastos. Esta consulta y su resultado deben ser corroborados por el Defensor; aunque la Ley aclara que su incumplimiento no tacha de invalidez ningún acto procesal ni sus consecuentes. Justamente para estos casos en que no está el interesado en condiciones de obtener el beneficio de litigar sin gastos pero es de escasos recursos, se lo envía en la práctica a consultar a alguno de los abogados alistados en esas nóminas mencionadas al inicio de este análisis. No está regulada ninguna remuneración para los Defensores Oficiales, fuera de la dieta mensual estipulada por ley.

Provincia de Salta

El Ministerio Público en la Provincia de Salta, es uno de los pocos del país que goza de independencia respecto del Poder Judicial. Aquel es un órgano tricéfalo, ya que tienen las potestades administrativas, económicas y de superintendencia en forma conjunta el Procurador General, el Defensor General y el Asesor General de Incapaces. Esta independencia conlleva lógicamente su autonomía funcional y financiera. La primera surge del artículo 167 de la Constitución Provincial (Constitución de la Provincia de Salta, suscripta el 6 de abril de 1998 y publicada en el Boletín Oficial el día 22 del mismo mes y año), el que establece que *“en el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público es autónomo e independiente de los demás órganos del Poder Público.”* Respecto de la autonomía financiera, regula la misma carta en su artículo 166 al exponer las atribuciones y deberes del Ministerio Público, que corresponde al mismo *“proponer y administrar su propio presupuesto, enviándolo al Poder Ejecutivo para su remisión al Poder Legislativo a efectos de su consideración” (inc. i).”*

Según surge de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N° 5642 de 1980, anterior a la reforma constitucional), tres son las clases de Defensores que actúan en la Provincia en estudio. En primer lugar los Defensores Oficiales, quienes intervienen en defensa de pobres, trabajadores en relación de dependencia y procesados y condenados en causa penal. Se dividen según sea la materia del fuero ante el cual actúan, es decir, penal o civil-comercial-laboral. En el fuero penal, hay defensores especializados en menores, no dándose esta situación en los demás ámbitos forenses. Las funciones de estos Defensores Oficiales, además de la defensa en concreto son el estudio de los asuntos sometidos a su dictamen y en los casos en que resulte conveniente, la conciliación de intereses, celebrar acuerdos extrajudiciales y tramitar su homologación judicial (art. 58 y 59). Por otro lado, los Defensores de Ausentes, deben actuar en representación de aquellas personas que por ignorarse sus domicilios o no conocerse sus nombres hayan sido emplazados por edictos (art. 64). Por último, están dadas las tareas de los Defensores de Incapaces, encargados estos de la asistencia, asesoramiento y defensa de los incapaces, cuando se encontraren comprometidos sus personas o sus bienes. Pueden mencionarse entre sus deberes específicos: solicitar el nombramiento de tutores o curadores para aquellos incapaces que no los tengan, pedir alojamiento para los incapaces y resguardo para sus bienes, intervenir en todo acto o proceso relacionado a tutela o curatela aún en reemplazo de los tutores o curadores nombrados cuando estos no cumplieran con sus tareas, ejercer la representación promiscua de todo incapaz, atender al quejas por malos tratos a los incapaces, inspeccionar los establecimientos de internación de incapaces.

Estos defensores que se acaban de mencionar, no están organizados jerárquicamente, lo que implica que el mismo defensor que inicia la causa o expediente es quien la acompaña a lo largo de todo el proceso.

La Defensa Pública Oficial en la Provincia de Salta se ve acompañada por otra defensa gratuita, esto es, la ejercida por el Consultorio Jurídico Gratuito de la Universidad Católica de Salta y la asumida por el cuerpo de abogados novatos que integrando el Colegio Público de Abogados brinda asistencia jurídica gratuita a quienes carecen recursos, descongestionando así en modo considerable las tareas de las Defensoría Oficiales. El sistema de defensa pública es por tanto mixto. Es importante destacar que esta es la única provincia de las analizadas en el presente trabajo que cuenta con patrocinio gratuito en forma separada de la Defensa Oficial.

El servicio de Defensa Oficial está destinado en todo fuero que no sea penal, a aquellas personas de bajos ingresos económicos. Al respecto detalla el art. 61 de la Ley orgánica que *“Se considerará pobre con derecho a la asistencia jurídica gratuita, a quien no gozare de una entrada*

superior al salario vital, mínimo y fuera propietario de inmuebles tasados en su conjunto para el pago del impuesto inmobiliario en suma no superior a la establecida para constituir en bien de familia". Se entiende que en caso de causa penal, esta acreditación de pobreza no es requerida, ya que la defensa penal está garantizada en los arts. 18 de la Constitución Nacional y Provincial.

En caso de resultar el juicio a favor de la parte que cuenta con Defensa Oficial, se regulan los honorarios del Defensor a costa de la contraria y el monto percibido es destinado al Ministerio Público que lo aplica según las necesidades y conveniencias del momento.

Provincia de Tucumán

En la Provincia de Tucumán, el Ministerio Público Fiscal y Pupilar integra el Poder Judicial de la Provincia, esto lo dispone el art. 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En dicha norma se establece asimismo la autonomía funcional de este Ministerio bajo la fórmula "libertad de acción" respecto del Poder Judicial. Sin embargo el Ministerio de la Defensa no es autónomo sino dependiente del Ministro Fiscal, cabeza del órgano ministerial. El Ministro Fiscal es quien ejerce la superintendencia sobre los miembros del Ministerio Público Fiscal y Pupilar, salvo en caso que se presenten intereses contrapuestos entre un Defensor Oficial Penal y la Fiscalía (art. 67, inc. e) de la ley mencionada).

Junto con la Defensa Oficial actúa, pero únicamente a nivel de asesoramiento, un cuerpo de abogados reunido por el Colegio de Abogados. Este grupo de profesionales realizan asesoramiento gratuito a aquellas personas de bajos recursos. Sería este entonces un sistema unitario en lo que a la defensa respecta.

Los Defensores Oficiales se dividen según sea el fuero ante el cual actúan, realizándose la distinción según se trate de Defensa en lo Penal, en lo Civil y Laboral, o en la función de Asesoría de Menores. Las funciones variarán según de qué defensor se trate. El Defensor Oficial en lo Penal se ocupa de la actuación ante los distintos tribunales y fiscalías en los supuestos de designación de Oficio o cuando su asistencia sea requerida por los imputados, y de la asistencia a las visitas de cárcel (art. 76 de la Ley Orgánica). En cuanto a los Defensores en lo Civil y Laboral, se estipula en el art. 77 dentro de sus funciones la representación de los pobres de solemnidad, de los ausentes sin representación alguna y de los menores, en casos de urgencia. Actúa asimismo en los supuestos en que la normativa de forma lo exige expresamente. Por último los Defensores de Menores cumplen con la representación promiscua (conforme art. 59 C.C.); el asesoramiento y la defensa judicial del menor que no tiene padres, tutores o representantes, y del incapaz en igual circunstancia; la defensa de menores e incapaces contra padres, tutores o representantes en su caso; desempeño de la tarea de curador (art. 78).

Se establecía como función de los Defensores Auxiliares el formular querrela o denuncia en causa penal, pero siendo que la vigencia del artículo que determinaba la existencia y funciones de estos defensores fue suspendida a partir del año 1996, no está regulada normativamente la posibilidad de que quien desea constituirse en parte querellante cuente con patrocinio jurídico gratuito de Defensor Oficial.

En la provincia de Tucumán no se regulan judicialmente honorarios cuando interviene un Defensor Oficial. No está prevista esta posibilidad.

IV. PROVINCIAS DE ENTRE RÍOS, CORRIENTES, CHACO, MISIONES Y FORMOSA

Por *Carolina Mazzorin*
Verónica Carzolio
Lisandro Sevillano

Provincia de Entre Ríos

Del material consultado claramente podemos determinar que la defensa oficial, como órgano del Ministerio Público, depende del Poder Judicial de la Provincia. No es un órgano independiente, y como consecuencia no tiene autonomía funcional. En cuanto a su autonomía financiera cabe destacar que carece de la misma toda vez que su partida presupuestaria le es asignada por el Poder Judicial.

Así la Constitución Provincial sancionada en el año 1933, en la sección sexta, capítulo I, correspondiente al Poder Judicial, establece que el mismo será ejercido por un Superior Tribunal de Justicia, y demás Tribunales o Jurados que las leyes establezcan (art. 147).

Conforme el art. 154 de la Constitución Provincial el defensor de menores que actúa ante el Superior Tribunal de Justicia será designado por el Poder Ejecutivo Provincial con acuerdo del Senado. El funcionario goza de estabilidad en el cargo, y sólo podrá ser removido por el Jurado de Enjuiciamiento.

La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica N° 6902, en vigencia a partir del 1 de mayo de 1982) establece en su título I cuales son los órganos judiciales, previendo en el art. 2 a los órganos del Ministerio Público como tales. De este modo se determina que el defensor del Superior Tribunal de Justicia y los defensores de pobres y menores forman parte de dicha institución.

Dentro de las atribuciones del Superior Tribunal de Justicia se encuentra las de hacer practicar por su presidente, por uno de sus miembros, por el fiscal o por el defensor de pobres y menores del Tribunal visitas de inspección a las unidades por lo menos dos veces al año (Ob. Cit., art. 37 inciso 22, modificado por ley 8065, publicada el 19 de mayo de 1988).

Asimismo, el presidente del Superior Tribunal de Justicia está facultado para conceder licencias extraordinarias de hasta treinta días a los defensores, entre otros (Ob. Cit., art. 38 inciso 7, modificado por ley 8065).

Cada Cámara en su fuero y dentro de su competencia territorial, puede imponer a los defensores de pobres y menores sanciones de prevención, apercibimiento, multa, y suspensión no mayor a los treinta días (conforme lo dispone el art. 50 de la ley Orgánica).

En resumen, de lo expuesto se colige que en la provincia analizada la Defensa Oficial, como integrante del Ministerio Público, depende del Poder Judicial.

Podemos afirmar que su sistema de organización es del tipo jerárquica, toda vez que en el título IV, artículo 87 de la Ley Orgánica, se dispone la integración del Ministerio Público, encontrando con respecto a la defensa oficial, al Defensor del Superior Tribunal y a los defensores de pobres y menores como miembros integrantes de ese órgano.

A su vez, los miembros del Ministerio Púpilar en todas sus instancias se encuentran equiparados a los miembros del Poder Judicial, en lo que se refiere a las garantías establecidas en su favor y a las obligaciones especiales que les impone la Constitución Provincial.

En cuanto a su organización funcional, las dependencias del Ministerio Público de la defensa se dividen en tres fueros: civil (cuatro defensorías), penal (tres defensorías) y de menores (dos defensorías). Las civiles y penales intervienen ante los juzgados de primera y segunda instancia,

y también resuelven las vistas conferidas por la Cámara.

Ahora bien, en el art. 90 de la Ley Orgánica se dispone cuales son las atribuciones y deberes que le competen al Defensor del Superior Tribunal. Entre ellos, intervenir en las causas que exista un interés patrimonial de menores o incapaces, expedir instrucciones, evacuar las consultas, y dirigir y controlar el desempeño de pobres y menores.

Está facultado para realizar inspecciones a los órganos del Ministerio Pupilar de la Provincia, como así también asistir a las visitas de cárceles que realice el Superior Tribunal o alguno de sus miembros.

Otra de las funciones es asistir a los encausados que hubieren sido defendidos en etapas anteriores del proceso por el defensor de pobres y menores, y que hasta ese momento no hayan propuesto otro defensor, y que a juicio del Tribunal sean carentes de recursos.

En caso de ausencia o impedimento podrá ser sustituido por el fiscal del Superior Tribunal, por los defensores de pobres y menores de la Capital, y finalmente por los abogados de la lista respectiva.

Los defensores de pobres y menores son designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, y en el art. 99 de la Ley Orgánica se disponen sus atribuciones y deberes.

Así se enuncian, intervenir en toda actuación que se tramita ante las cámaras, juzgados de cualquier fuero, en que exista un interés patrimonial de menores o incapaces; asumir la defensa de aquellos que no cuenten con la asistencia técnica de un defensor, y que el Tribunal haya determinado que son carentes de recursos; controlar la función de tutores y curadores; asesorar a los pobres en las causas civiles y criminales (Ob. Cit, art. 99 inciso 8, modificado por ley 8891, publicada el 24 de enero de 1995), etc..

Dentro de sus facultades, y en relación a la defensa de menores e incapaces, y en caso de ser necesario a los efectos de la comparecencia de una persona, el defensor podrá exigir su detención por un plazo no mayor a las 24 horas.

En caso de ausencia o impedimento de los defensores de pobres y menores, el art. 102 dispone que serán sustituidos dentro de cada circunscripción judicial por los defensores de pobres y menores, por los agentes fiscales, y por los abogados de la lista respectiva.

Resulta importante destacar que los diferentes Colegios de Abogados existentes en la Provincia deben confeccionar y comunicar a los tribunales y juzgados la lista de aquellos abogados que se hubieren inscripto para desempeñarse como defensores de oficio en las causas criminales; así también deberán confeccionar y comunicar otra lista de inscriptos para actuar como defensores de ausentes citados por edictos en las causas civiles, comerciales y laborales. Estos serán designados para ejercer la defensa de oficio de los procesados y ausentes.

De lo vertido se evidencia que los abogados, al igual que los defensores designados de oficio, forman parte de la administración de justicia. En la práctica, en aquellos casos en que se compruebe que el defendido cuenta con patrimonio suficiente como para hacer frente a los honorarios profesionales, el defensor de pobres y menores se excusa, dándole el juez intervención a un abogado del listado mencionado anteriormente. Por lo tanto el sistema de defensa en la Provincia de Entre Ríos es mixto.

Provincia de Corrientes

La Defensa Oficial mantiene una relación de dependencia con el Poder Judicial de la Provincia de Corrientes, careciendo de autonomía funcional y financiera.

La Constitución Provincial sancionada el 12 de febrero de 1993, en el capítulo I del Poder Judicial, establece que al igual que los miembros del Superior Tribunal de Justicia, jueces de

cámara y jueces de 1ra. Instancia, los funcionarios del Ministerio Público son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (art. 142).

La Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica N° 2990, en vigencia a partir del 7 de septiembre de 1971) estipula en su título II que el defensor de pobres y el asesor de menores son funcionarios de la Administración Judicial (art. 11).

Dentro de las atribuciones del Superior Tribunal de Justicia se encuentra la de ejercer la superintendencia de la Administración de Justicia en toda la Provincia. Por ello es quien confecciona anualmente una lista de conjuces con el orden de subrogancias para los casos de impedimento o ausencia de los titulares y de sus reemplazantes.

El Superior Tribunal es además el encargado de formar y presentar al Poder Ejecutivo el presupuesto anual de gastos de la Administración de justicia, siendo el tesoro de la Provincia quien entrega mensualmente el importe correspondiente de gastos.

El título IV de la Ley Orgánica de la Provincia está dedicado a los funcionarios del ministerio público, entre ellos menciona al Defensor de pobres y al asesor de menores.

En el art. 63 se determinan cuáles son las funciones que le competen al defensor de pobres, enunciando, el patrocinio y la defensa de todo procesado, el patrocinio y representación ante cualquier fuero de personas pobres, y la representación de personas ausentes. Por los servicios que presta el defensor de pobres no está prevista remuneración alguna por parte del procesado. En el art. 66 se prevé que en caso de ausencia o impedimento del defensor de pobres lo sustituirá el asesor de menores, los agentes fiscales, y en su defecto un abogado de la lista de conjuces.

En el art. 67 se señalan cuáles son las funciones del asesor de menores. Entre ellas se encuentran, intervenir en todo asunto relacionado con la persona e intereses de un menor, inspeccionar –con conocimiento del juez- por lo menos cada tres meses los establecimientos donde se hallen menores. En caso de ausencia o impedimento del asesor de menores en el art. 69 se dispone que corresponde dar intervención al defensor de pobres, a los agentes fiscales, y en su defecto a un abogado de la lista de conjuces.

No obstante ello, en las cuestiones penales en donde se encuentre involucrado un menor es el defensor penal quien ejerce la defensa técnica, independientemente de la intervención que pueda tener en las actuaciones el asesor de menores.

Otra prueba de la dependencia existente es el hecho de que los defensores de pobres, los defensores de pobres y menores, y los defensores de Cámara al realizar visitas carcelarias a sus asistidos (al menos una vez cada treinta días), tienen la obligación de remitir un informe de las mismas al Superior Tribunal de Justicia dentro del quinto día de cada mes (Ob. Cit., art. 66 bis, incorporando por ley 5003, publicado el 17 de octubre de 1995).

Siendo más palmario aún al preverse que los procesados privados de su libertad pueden demandar ante el Superior Tribunal de Justicia el cumplimiento de dichas visitas, y en caso de incumplimiento, será este último el encargado de instar la aplicación de sanciones disciplinarias y/o penales.

La defensa oficial posee una organización jerárquica. En lo que hace a las defensorías penales, existen defensorías de instrucción que actúan, en lo que hace a las causas criminales, en la etapa instructoria, y en las correccionales en todo el proceso.

Existe una Defensoría de Cámara en toda la Provincia que actúa ante todos los fueros. En las causas criminales interviene en la etapa de plenario, también actúa ante el Superior Tribunal de Justicia.

Los funcionarios del Ministerio Público tienen estabilidad en su cargo, y reciben por el desempeño de su función una compensación económica, fija y periódica (art. 143 de la Constitución Provincial).

Los sueldos de los defensores oficiales y asesores de menores están equiparados con los de los jueces de instrucción y correccionales de primera instancia (Ley 4849, modificatoria del anexo I de la ley 3924, publicada el 25 de abril de 1996).

En cuanto a los abogados, en el capítulo I del título X de la Ley Orgánica, se mencionan sus obligaciones, entre ellas, la de patrocinar y defender a los declarados pobres en los casos en que la ley determine.

Del texto constitucional provincial surge que dentro de las funciones del Superior Tribunal de Justicia se encuentra la de imponer a los abogados, escribanos y procuradores, correcciones disciplinarias de suspensión de hasta seis meses en el ejercicio profesional y multa.

En resumen, los defensores oficiales y los abogados en la Provincia de Corrientes son parte de la administración de justicia.

Al igual que en el caso de la Provincia del Chaco no se encuentra previsto el pago de honorarios por parte de los defendidos.

Podemos concluir que la Provincia adopta un sistema mixto para la administración de justicia.

Provincia de Chaco

Luego de haber efectuado una lectura pormenorizada del material recolectado, puede afirmarse que, conforme se desprende de la Sección V, Capítulo II, artículo 156 de la Constitución Provincial 1957-1994, así como de la ley N°4396 (Ley orgánica del Ministerio Público, sancionada el 26/03/97 y publicada el 21/04/97), el Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial.

No obstante ello, tanto de la constitución, en su art. 156, como del artículo 1 de la ley orgánica de mención, surge claramente que se trata de un órgano que goza de autonomía funcional e independencia, siendo su titular el Procurador General.

Ahora bien, el segundo párrafo del art. 156 de la Constitución Provincial deja en claro que las condiciones que deben reunir los defensores, su jerarquía, sus funciones y el modo de actuar ante los Tribunales, estarán previstas en la Ley Orgánica del Ministerio Público. No obstante ello, de la Ley Orgánica no se desprende que los defensores se encuentren organizados jerárquicamente, sino que actúan ante todas las instancias.

En virtud de la remisión que efectúa la constitución, la ley orgánica especifica que funciones ejerce el Ministerio Público, lo que hace a su carácter autónomo, debiendo destacarse que debe actuar en defensa del interés público y derechos de las personas, debe procurar entre los tribunales la satisfacción del interés social custodiando la normal prestación del servicio de justicia y velando por la correcta aplicación de la ley, siendo que, para el cumplimiento de sus funciones, se le asignará una cuenta especial del presupuesto del Poder Judicial.

Asimismo, en el art. 9 se especifican cuales son las funciones que le competen al Ministerio Público, siendo que en el apartado h) se establece que tiene por función "... realizar a través de los defensores barriales, acciones preventivas del servicio de la justicia y brindar asistencia jurídica básica y gratuita a las personas domiciliadas en el área territorial de su competencia"

El Procurador General es la cabeza del órgano, siendo que le compete instar la actuación de los defensores, emitir las instrucciones, sin que ello afecte su independencia de criterio, así como también ejercer la superintendencia del Ministerio con facultades disciplinarias.

El Ministerio Público tiene una organización jerárquica, encontrándose integrado, en lo referente a la defensa por los defensores de pobres, incapaces y Ausentes, los asesores de Menores de Edad y los defensores barriales, quienes son designados por el Superior Tribunal a propuesta del consejo de la Magistratura, y removidos a través del jurado de enjuiciamiento.

Se establece cuales son las funciones que le asisten a los defensores, encontrándose divididos por especialidad, con independencia de la organización judicial.

Así, el artículo 27 hace referencia a los defensores de Pobres, Incapaces y Ausentes, estableciéndose que deben intervenir como parte legítima en todos los asuntos que los afecten; fiscalizar la conducta de los representantes legales de los incapaces, tomar medidas a fin de proveer de curador a su representado.

En cuanto a los Defensores Penales, el artículo 28 dispone que dichos funcionarios deben intervenir en la defensa penal y representar a los imputados que no cuenten con asistencia técnica; realizar las visitas carcelarias; recepcionar y dar curso, siempre que no fuere manifiestamente improcedente, a los requerimientos formulados por el delegado penitenciario en vinculación con su defendido; los defensores penales deben actuar ante todas las instancias.

Por otro lado, se ha creado el cargo de los defensores barriales, a quienes el artículo 30 les atribuye una serie de funciones, entre las que se puede citar, por ejemplo, que pueden asesorar y brindar asistencia gratuita; evacuar consultas de índole civil, penal, administrativa u otra materia jurídica; actuar como amigables componedores en los conflictos sometidos a su decisión. Estas dependencias estarán organizadas conforme lo establezca el Poder Judicial en los reglamentos que dicte a su respecto, los que hasta la fecha no han sido dictados.

Se prevé que los menores, en lo referente a las causas civiles, serán representados por los asesores de menores, sin perjuicio de que en las causas de índole penal, esta representación le corresponde a los defensores penales.

No está previsto la regulación de honorarios en caso de que los defendidos cuenten con una buena situación económica, por lo que el asesoramiento jurídico que a estos se les brinda resulta ser gratuito, siendo que, además, existen organizaciones, como el colegio público de abogados, que prestan asesoramiento gratuito, lo que no se encuentra reglado por la ley del Ministerio Público. Por lo tanto se puede afirmar que se trata de un sistema mixto.

Provincia de Misiones

En la constitución Provincial sancionada en el año 1958, en el título III concerniente al Poder Judicial, y dentro de las disposiciones generales, se encuentra el artículo 142 el cual categóricamente afirma que el Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial.

La cabeza del citado poder es el Superior Tribunal de Justicia, el cual tiene como una de sus funciones el nombramiento o remoción, no sólo de jueces y funcionarios del Poder Judicial, sino también funcionarios del Ministerio Público (art. 145.)

Es entonces, que según la normativa prevista en la Constitución Provincial, Misiones es una de las tantas provincias que no ha previsto, por lo menos hasta el momento, una independencia del Ministerio Público.

Analizando la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 1550, sancionada y promulgada el 20 de julio de 1982), dentro del título IV correspondiente al Ministerio Público, encontramos que en el art. 63 se establece que dicho organismo dependerá exclusivamente del Poder Judicial. Debe destacarse que conforme el art. 66 incisos 8 y 9 es el Procurador General quien expide las instrucciones y evacúa las consultas que le formulen los miembros del Ministerio Público dentro de las normas generales que dicta el Superior Tribunal de Justicia; coordinando conjuntamente con el Superior Tribunal de Justicia las cuestiones de superintendencia que interesan al Poder Judicial y al Ministerio Público.

De lo dicho surge que el Ministerio Público carece de autonomía funcional. Presenta una organización jerárquica, siendo que el Procurador General es el jefe del Ministerio Público, y por

ello es quien imparte las instrucciones al resto de sus miembros, entre los que se encuentra el Defensor Oficial de cámara, y los Defensores Oficiales de primera instancia.

Como se puede observar, no existe la figura del Defensor General que actúe ante el Superior Tribunal, sino que es el Defensor Oficial de cámara quien actúa ante dicho Tribunal en los casos en que deba intervenir un defensor oficial (art. 68 inciso 3). Asimismo, el citado funcionario es quien continúa con intervención de los defensores oficiales de primera instancia, quienes ejercerán sus funciones de conformidad con las atribuciones y deberes que las leyes de fondo y forma les asigne (art. 71 de la Ley Orgánica).

En cuanto a la organización funcional, las defensorías oficiales se encuentran divididas por materias, siendo que los defensores penales de primera instancia actúan ante los juzgados de instrucción y tribunales orales.

Respecto a las causas en donde se encuentran involucrados menores intervienen, en las causas penales, un defensor correccional y penal de menores, y en las causas civiles un defensor de pobres, menores y ausentes.

Ahora bien, el deber de patrocinar a los pobres estará subordinado al conocimiento que de tal calidad obtenga el defensor oficial. Y en caso de comprobarse la existencia de bienes deberá comunicar tal circunstancia al juez de la causa quien en caso de condena realizará la regulación de honorarios correspondiente, dinero que ingresará al patrimonio del Poder Judicial.

Por otro lado resulta interesante el deber que tienen de representar y patrocinar a los trabajadores en las acciones que pretendan iniciar o cuando concurran éstos a requerir sus servicios como motivo del vínculo laboral.

En base a todo lo expuesto se colige que, si bien se encuentran divididos por materias, su organización funcional no calca la del Poder Judicial y que los servicios que el defensor presta son gratuitos para aquel que los solicite pero en el caso en que se demuestre que tal sujeto posee bienes deberá abonar en cada caso las costas.

Los abogados de la matrícula están obligados a aceptar como carga pública las designaciones para integrar como conjueces el Superior Tribunal de Justicia; asimismo, la subrogación de los jueces de primera instancia y de los miembros del Ministerio Público. Por otra parte también los nombramientos para la asistencia técnica de los procesados pobres (art. 78 de la ley Orgánica).

El Colegio Público de la Abogados de la Provincia cuenta con un asesoramiento jurídico gratuito. Por ello se puede afirmar que el sistema es mixto.

Provincia de Formosa

La Constitución de la provincia de Formosa (sancionada, promulgada y publicada el día 3/04/91), en su quinta parte, titulada "Poder Judicial", no hace referencia al Ministerio Público. Tan solo especifica cuáles son los requisitos que se necesitan para poder ser defensor oficial, estableciendo que serán designados por la Cámara de Representantes a propuesta del Superior Tribunal de Justicia, en tanto no exista Consejo de la Magistratura.

No obstante ello, el artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ley 521, modificada por la ley 961 que fuera publicada el 4/01/91), establece que organismos ejercen el Poder Judicial, refiriéndose, en el inciso 5, a los Ministerios Públicos.

El Superior Tribunal de Justicia es quien dicta el reglamento interno y las acordadas conducentes al mejor servicio de la administración de justicia. Asimismo, tiene por función nombrar y remover a los empleados de la administración de justicia, entre los que se encuentran incluidos los empleados del Ministerio Público. Sin embargo, el Procurador General, jefe del Ministerio Público, es quien ejerce la superintendencia sobre éste organismo, sin perjuicio de la

superintendencia que los Tribunales de Justicia ejercen sobre los miembros del Ministerio Público (art. 64 de la Ley Orgánica). De lo dicho, se desprende claramente que el Ministerio Público no detenta autonomía funcional en forma absoluta.

Asimismo, es el Superior Tribunal de Justicia quien fija el proyecto de presupuesto del Poder Judicial, el que debe ser remitido al Poder Ejecutivo para que lo incorpore a los proyectos del presupuesto.

El artículo 63 (modificado por ley 961) de la Ley Orgánica, al hacer referencia a quienes se desempeñan ante los tribunales provinciales, en sus incs. c), d), f), g), h),i), menciona a los defensores de pobres, ausentes e incapaces de cámara, a los defensores oficiales de cámara, a los defensores de pobres y ausentes de primera instancia, a los asesores de menores e incapaces de primera instancia, a los defensores oficiales de primera instancia y a los asesores de menores ante el fuero de menores, respectivamente.

Ahora bien, en la Ley Orgánica se divide al Ministerio Público en: *Ministerio Público de Cámara*, integrada, en lo que respecta a la defensa pública, por los defensores de pobres y ausentes e incapaces de cámara, y los defensores oficiales de cámara ; y el *Ministerio Público de Primera Instancia*, por los asesores de menores, incapaces, pobres y ausentes, los defensores de pobres y ausentes y los defensores oficiales.

Los defensores de pobres, ausentes e incapaces de Cámara actúan ante los Tribunales del Trabajo, ante el Tribunal de Familia y en todas las causas que lleguen ante el Superior Tribunal; los defensores oficiales de Cámara actúan en el fuero criminal, en lo que se refiere a la etapa plenaria, y en todas las instancias posteriores, incluyendo el Superior Tribunal de Justicia.

Los defensores de incapaces, pobres y ausentes de primera instancia actúan ante cualquier fuero representando a las personas que no tengan recursos, asumen la representación de las personas ausentes y procuran realizar acuerdos judiciales y extrajudiciales en los asuntos sometidos a su jurisdicción por los particulares carentes de recursos para afrontar litigios.

Los defensores oficiales, deben defender y patrocinar a toda persona que no cuente con asistencia técnica y concurrir trimestralmente a los institutos de detención y penitenciarios.

En lo que se refiere a los menores, resulta importante destacar que los asesores de menores tienen por función actuar como letrado de los derechos de los menores en las contiendas judiciales que se diriman ante el Juzgado de Menores y en todas las actuaciones administrativas que puedan afectar sus intereses y derechos.

Respecto a la asistencia técnica de menores en causas penales, la misma es asumida por defensores penales designados a ese efecto.

En cuanto a la regulación de honorarios, en lo que hace a la defensa oficial, la ley no prevé nada al respecto, por lo que puede inferirse que cualquier procesado que se encuentre representado por un defensor oficial, cuenta con asistencia técnica gratuita.

Por último, resulta importante destacar que el sistema es mixto. El Superior Tribunal de Justicia debe confeccionar en el mes de diciembre de cada año una lista de abogados que suplirán a los Miembros del Ministerio Público. Conforme el artículo 111 de la ley de Ministerio Público, los abogados que ejerzan su profesión en la provincia, están obligados a aceptar los nombramientos especiales que les fueran hechos, y la defensa de los declarados pobres para litigar y encarcelados, en caso de ausencia o impedimento de los titulares, bajo pena de multa. Dichos nombramientos serán remunerados por el Estado cuando ejercieran funciones inherentes a un órgano jurisdiccional correlativo al Ministerio Público, debiendo ser regulados por el juez al tiempo de dictar sentencia definitiva los honorarios pertinentes (art. 112).

V. PROVINCIAS DE SANTIAGO DEL ESTERO, CORDOBA, LA PAMPA Y SANTA FE

Por *Juana G. Varela Marzovilla*

José Gabriel Galán

Santiago del Estero

El Poder Judicial es ejercido por el Superior Tribunal de Justicia, tribunales inferiores y el Ministerio Público, de conformidad con la competencia material, territorial y de grado que establecen la Constitución y las leyes (De conformidad a lo establecido en el art. 175 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero - Sala de Sesiones de la H. Convención Constituyente, Santiago del Estero, martes 23 de diciembre de 1997).

Sus miembros no podrán ser separados, suspendidos ni trasladados, sino por alguna de las causales previstas en la Constitución o ley. Su retribución será abonada en época fija y no podrá ser disminuida en modo alguno mientras permanezcan en funciones, salvo cuando por razones de emergencia esta modificación fuera dispuesta con carácter general (idem art. 175).

La Ley Orgánica del Poder Judicial establecerá la constitución y funcionamiento de los juzgados y tribunales, determinando asimismo el estatuto jurídico de los jueces, magistrados y miembros del Ministerio Público, que formarán un cuerpo único (idem art. 180).

De acuerdo a lo reseñado observamos ya desde el texto constitucional la pertenencia del Ministerio Público a uno de los Poderes del Estado, cual es el Poder Judicial, de quien depende funcional y financieramente, así el Ministerio Público presidido por el Fiscal del Superior Tribunal se compone de Fiscales y Defensores, quienes promueven la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, ejerciendo sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Asesora, representa y defiende a los incapaces, pobres y ausentes, como asimismo todo aquel que careciera de defensa en materia penal (Idem art. 186 y Ley orgánica de los tribunales N° 3752, art. 1).

Los defensores serán designados por el Poder Ejecutivo de una terna propuesta por el Consejo de la Magistratura (idem art. 187) y prestarán juramento ante el Presidente del Superior Tribunal de defender la vigencia de la Constitución (idem art. 189 y Ley orgánica, art. 4).

Para ser defensor se requiere (idem art. 185 y 182) : ser ciudadano argentino o naturalizado con ocho años de ejercicio de la ciudadanía y dos años de domicilio real e inmediato en la Provincia, si no hubiera nacido en ésta; tener título de abogado de validez nacional; tener veinticinco años de edad como mínimo; tres años de ejercicio de la profesión o cuatro en la carrera judicial.

Podrán ser destituidos de sus cargos o sancionados por: comisión de delito; mal desempeño de sus funciones, graves desarreglos de conducta, retardo reiterado de justicia o ignorancia reiterada del derecho (idem art. 176). Funcionalmente las defensorías intervienen en todas las instancias del proceso sin competencia asignada, con un total de siete, tres en la Capital de Santiago, una de la Banda, una en Anatumá, una en Termas de Río Hondo y una en Frías. La asistencia se brinda con carácter gratuito, no regulándose honorarios en ningún caso.

Provincia de Córdoba

El Poder Judicial es ejercido por el Superior Tribunal de Justicia y de conformidad a lo establecido en el art. 2 de la ley orgánica del Poder Judicial (ley nro. 8345 B.O. 10/12/95) forman

parte del mismo los asesores letrados, quienes prestarán juramento al asumir el cargo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia.

La ley de asistencia jurídica gratuita para carenciados nro. 7982 B.O. 16/11/90 reglamenta las pautas de organización de la defensa en materia penal.

En la provincia de Córdoba se brindará asistencia gratuita a toda persona que carezca de recursos económicos suficientes para obtener asistencia letrada privada en las condiciones establecidas por la ley de mención.

Como parte integrante del Poder Judicial provincial se brinda a través de la Mesa de Atención Permanente y del Cuerpo de Asesores Letrados y por el Colegio de Abogados de cada circunscripción.

El Capítulo III de la ley de asistencia gratuita, en su artículo 15 establece que los asesores letrados en lo penal actuarán ante el fuero penal brindando asistencia jurídica gratuita a las personas carentes de recursos económicos suficientes para obtener asistencia letrada privada; y tendrán las siguientes funciones: 1- Asesorar, patrocinar o representar a los imputados, 2- Asesorar, patrocinar o representar al imputado cuando no designe defensor o cuando ninguno aceptare el cargo, 3- Patrocinar o representar en el proceso penal a quienes tengan derecho a promover querrela. En caso de ausencia, impedimento o vacancia, los asesores serán suplidos por los que le sigan en turno, por los de menores, del trabajo, de familia, en lo civil y comercial o por un abogado de la matrícula designado "ad hoc".

El cuerpo de asesores letrados está compuesto por diecisiete asesores en materia penal en la Capital de la provincia, dos en Río Cuarto, dos en Villa María y dieciséis asesores letrados "multifuero" en el interior de la provincia, quienes actúan en todas las instancias del proceso.

Dependen directamente del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, funcional y financieramente, perciben remuneración fija. La asistencia es gratuita para el defendido que carece de recurso, excepcionalmente se regulan honorarios que se giran a una cuenta del "Fondo del Poder Judicial".

La mesa de atención permanente evacúa consultas en forma continua (las 24 hs. todo el año) en toda la provincia, a cargo de dos asesores letrados, (asignados por turnos de una semana en forma rotativa) quienes según la entidad del problema planteado lo giran al asesor respectivo o la solucionan a través de su propia gestión.

En el caso que la designación recaiga sobre un abogado de la matrícula, por impedimento del asesor que corresponda, tanto en el caso de la capital de la provincia, cuanto en el caso de los asesores del interior, los que al tratarse tan solo de uno por localidad, son designados con mayor frecuencia, no perciben honorarios por su actuación y es gratuito para el defendido.

Provincia de La Pampa

Según lo disponen el art. 88 «in fine» de la Constitución de la provincia de La Pampa y el art. 2 de la ley Orgánica del Poder Judicial (ley n°1675), el Ministerio Público es un órgano que integra al Poder Judicial de la Provincia.

Este órgano posee una autonomía funcional relativa ya que, dentro de su organización jerárquica, es el procurador general quien ejerce la jefatura de los representantes del Ministerio Público (art. 72 de la ley mencionada) y como tal se encuentra legitimado, según el inciso k del mismo artículo, a: «Dictar reglamentos particulares y expedir instrucciones para el Ministerio Público..., *sin perjuicio de su intervención en la reglamentación general que haga el Superior Tribunal en lo que atañe a dicho Ministerio*» (la bastardilla es propia). A pesar de ello, el Superior Tribunal debe, en los términos del art. 35 inc. e: «Ejercer la superintendencia sobre *todos los*

organismos del Poder Judicial» (la bastardilla nos pertenece).

Coherente con esta dependencia resulta el hecho de que, en el aspecto financiero, sea también el Superior Tribunal quien se encargue de «Preparar y remitir el cálculo de recursos, gastos e inversiones del Poder Judicial, para su consideración a la Cámara de Diputados, informando al Poder Ejecutivo y vigilar su ejecución» (art. 35 inc. c).

La función del Ministerio Público se encuentra definida, de manera genérica, por el art. 67 de la ley orgánica, el cual expresa: «Los miembros del Ministerio Público representan y defienden al interés público y a los menores, incapaces, pobres y ausentes. En ningún caso los integrantes del Ministerio Público actuarán como asesores de los tribunales o Jueces, ni subrogarán al Fiscal de Estado, ni representarán jurídicamente al Estado Provincial.»

Para ser más específicos, debemos primero recordar que el Ministerio Público posee una organización jerárquica piramidal, cuyo extremo superior es ocupado por el Procurador General, quien como se dijo, es el jefe de los representantes del Ministerio Público. En los restantes escalones se ubican, por un lado, el Cuerpo de Fiscales, y por el otro, los Defensores Generales y los Asesores de Menores.

La provincia cuenta con un total de diecinueve (19) Defensores Generales para actuar en todas las instancias. La función de actuar como parte esencial en el procedimiento ante el fuero de menores (sin perjuicio de la intervención del Defensor General) es llevada a cabo por dos (2) Asesores de Menores ejerciendo, cada uno, en una circunscripción judicial; es por ello que, en la tercera y cuarta circunscripción, los Defensores Generales cumplen, también, la función del Asesor de Menores (arts. 80 y 92 de la ley n°1675).

Según lo dispone el art. 81 de la ley citada: «Los Defensores Generales intervendrán en todos los asuntos judiciales o extrajudiciales que se relacionen con la persona e intereses de los menores, incapaces, ausentes, encarcelados y pobres de solemnidad, sea en forma promiscua, directa, delegada o como patrocinante, a fin de solicitar las medidas necesarias a la conservación de los derechos de los mismos. Actuarán igualmente como amigables componedores.»

Resulta destacable que los Defensores Generales se dividan entre quienes actúan ante las jurisdicciones civil, laboral y Regional Letrada; y entre quienes lo hacen ante la jurisdicción penal (arts. 80 y 82 de la ley).

En lo que atañe a esta investigación, el derecho de defensa en juicio y, como consecuencia de este, el derecho a una defensa penal de oficio, se encuentra garantizado no sólo por la Constitución de la Provincia (arts. 1 y 13 de la Constitución) sino, también, por los arts. 81, 86, 176 y 318 del Código Procesal Penal (ley n°332).

Existe un total de nueve representantes que ejercen este tipo de defensa (art. 80 de la ley 1675) y las funciones de los mismos son definidas por el art. 82 inc. 2do. de esta ley:»

a) Asumir la defensa de los imputados y detenidos que no hubieran designado Defensor particular;

b) Ejercer, en su caso, el patrocinio letrado en las solicitudes de libertad condicional y en todas las que formularen ante los Jueces, los condenados por sentencia firme en relación al cumplimiento de la misma;

c) Intervenir como parte legítima y esencial en todos los juicios criminales y donde hubiere menores o incapaces cuyos representantes legales fueren querellantes o querellados, por delitos cometidos contra la persona o bienes de sus representantes o cuando por razón del delito estuvieren afectados las personas o bienes de los incapaces;

d) Patrocinar a los pobres de solemnidad y a los que hubieren obtenido el beneficio de litigar sin gastos, en las demandas o querellas que hubieren de promover ante la jurisdicción criminal;

e) Evacuar las consultas que sobre materia penal les efectúen las personas carentes de

recursos y los probres de solemnidad;

- f) Las demas atribuciones que en el fuero penal le confieran los códigos y leyes especiales; y
- g) Ejercer el patrocinio letrado del querellante particular en los casos en que sea requerido.».

Asimismo, según lo dispone el art. 92 « in fine» de la ley orgánica, cumplen la función de desempeñar, junto con los Asesores de Menores, el Ministerio Pupilar.

De las funciones aquí mencionadas sobresale lo siguiente: la actuación del Defensor General es gratuita para el defendido, pues solo será remunerada cuando aquel patrocine en las demandas o querellas, promovidas ante la jurisdicción criminal, a quienes no sean pobres de solemnidad y no hayan obtenido el beneficio de litigar sin gastos (ver también art. 84 de la ley orgánica). De darse este supuesto, en el caso de condenación se aplican las costas al patrocinado y los ingresos, que por tal concepto se obtienen, son destinados al fomento de la Biblioteca del Poder Judicial.

Coherente con ello resulta lo estipulado por el art. 91 pues: «Los Defensores Generales no podrán percibir mas emolumentos que el sueldo asignado por la ley».

Provincia de Santa Fe

En la provincia de Santa Fe, el Ministerio Público es un órgano que compone al Poder Judicial. Si bien, la Constitución provincial no lo manifiesta expresamente, ello se vislumbra en la mención que sobre aquel hace el art. 88, el cual se ubica dentro de la Sección Quinta, Capítulo único, titulada: «Poder Judicial». Lo mismo ocurre con la Ley Orgánica del Poder Judicial (ley 10.160) la cual no contiene, en el sentido mentado, una formulación expresa; pero es fácil la deducción si justamente observamos que esta misma ley es quien incluye, en el Título I de su Libro Segundo, todo lo referido al Ministerio Público.

El gobierno del Poder Judicial es ejercido por la Corte Suprema, mientras que el Ministerio Público es presidido por el procurador general de la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, este órgano posee una *relativa autonomía funcional y financiera* pues, a pesar de intervenir en todos los asuntos de gobierno de la Corte Suprema, solo puede asistir sin voto en sus acuerdos (art. 131 incs. 4 y 5 de la ley orgánica).

De acuerdo a lo previsto por el art. 128 de la ley citada, el Ministerio Público está integrado por:

- 1) El procurador general de la Corte Suprema;
- 2) Los fiscales de las cámaras de apelación;
- 3) Los defensores generales de las cámaras de apelación;
- 4) Los fiscales;
- 5) Los defensores generales;
- 6) Los asesores de menores;
- 7) Los fiscales de menores.

Las funciones mas destacables de los defensores generales de las cámaras de apelación dentro de la gran cantidad que menciona el art. 138, son las siguientes:

- 1) Presidir y representar al Ministerio Pupilar;
- 2) Vigilar el cumplimiento de los deberes del personal Ministerio Pupilar;
- 3) Convocar y presidir las reuniones del Ministerio Pupilar;
- 4) Disponer y suscribir las providencias de trámite interno del Ministerio Pupilar;
- 5) Proseguir ante la alzada la intervención que los defensores generales hayan tenido en primera instancia;
- 6) Actuar, en su caso, en el juicio penal oral;
- 7) Asumir la defensa penal de los imputados que no tengan defensor cuando son designados

por el presidente del Tribunal;

8) Instar a los defensores generales y asesores de menores para que inicien y continúen las gestiones de su incumbencia;

9) Requerir a la alzada el activo despacho de los procesos penales deduciendo los reclamos pertinentes;

10) Requerir de los registros y oficinas públicas, sin cargo alguno, copias de instrumentos y las actuaciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones suministrando los datos pertinentes;

11) Inspeccionar dos veces por año, como mínimo, las defensorías generales, las asesorías de menores, y el Ministerio Pupilar;

14) Establecer la forma y sistema de suplencia de los defensores generales y asesores de menores.

Por otro lado, los defensores generales tienen asignadas las funciones previstas por el art. 145 de la ley 10.160 cuales son:

1) Intervenir en los asuntos judiciales o extrajudiciales que se relacionen con la persona o intereses de menores, incapaces, ausentes o pobres, a fin de asumir la defensa de sus derechos *en todas las instancias*;

2) Actuar como conciliadores;

3) Intervenir ante el fuero civil, comercial y del trabajo como parte esencial en todos los asuntos contenciosos o voluntarios que se relacionen con menores, incapaces o ausentes;

4) Fiscalizar la conducta de los representantes legales de menores, incapaces o ausentes sobre la conservación de los bienes de éstos, por intermedio del Ministerio Pupilar;

5) Tomar las medidas necesarias para proveer de representación legal a quien no la tiene;

6) Intervenir como parte esencial en los procesos penales donde haya menores o incapaces cuyos representantes legales sean querellantes o querellados, demandantes o demandados por delitos cometidos contra la persona o bienes de sus representados;

7) Asumir la defensa penal de los imputados cuando sean designados por el presidente del tribunal o por el juez de la causa;

8) Intervenir en lo relativo al régimen de menores regulado por leyes nacionales;

9) *Agotar* los recursos legales contra las resoluciones adversas a sus representados y oponerse a las demandas deducidas por los representantes de los incapaces, cuando las estimen inconsistentes, inconvenientes o lesivas a sus intereses;

10) Formular reserva de derechos y deducir recursos en *todas* las demandas incoadas contra menores, incapaces o ausentes;

11) Concurrir *mensualmente* a los institutos de detención y penitenciarios en que se alojen sus defendidos;

12) Tomar *conocimiento personal y directo de sus defendidos*, antes de la defensa en el plenario;

13) *Inspeccionar* los establecimientos públicos y privados destinados a la internación de incapaces y solicitar medidas para su buen trato y asistencia;

14) Ejercer en lo pertinente las funciones asignadas por la ley a los *asesores de menores*, en las sedes en donde estos no tienen su asiento;

15) Cumplir las diligencias que les encomienden la Corte Suprema, el procurador general y los defensores generales de las cámaras de apelación;

16) Asesorar en todo cuanto corriere al régimen de bienes de menores, incapaces y ausentes (arts. 155 y 156 de la ley 10.160).

La totalidad de las funciones mencionadas son llevadas a cabo (sin cargo alguno para el defendido y sin mas remuneración para el defensor que aquella establecida por ley) por las defensorías generales. Excepción a ello, es la división de trabajo que presentan las ciudades de Santa Fe y Rosario ya que, en virtud de una Resolución del procurador general de la Corte del año '89, una parte de las defensorías asentadas allí actúan exclusivamente ante el fuero correccional y criminal.

De esta forma, el derecho a una defensa penal pública (reconocido por el art. 9 de la Constitución provincial y los arts. 88 y 90 del Código Procesal) se encuentra garantizado por la presencia de estas defensorías con competencia en materia penal.

VI. PROVINCIAS DE MENDOZA, LA RIOJA, SAN JUAN, SAN LUIS Y JUJUY

Por *Carolina Ocampo*
Candelaria Migoya

Provincia de Mendoza

En la Provincia de Mendoza el Ministerio Público, a diferencia de lo que ocurre en el orden nacional, no es un órgano independiente de los poderes provinciales sino que se halla inserto en el Poder Judicial local. Si bien no existe una norma expresa que así lo determine, ello puede inferirse de algunas disposiciones de la Constitución mendocina (arts. 150, 151 y 155) y de la Ley Orgánica del Poder Judicial que estructura dicho Ministerio.

La Defensa Oficial integra ese Ministerio Público y como consecuencia de ello el Poder Judicial, del que depende financieramente.

Los defensores, son nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, son inamovibles mientras dure su buena conducta y gozan de una compensación pecuniaria que no podrá disminuirseles (arts. 150 y 151 de la Constitución de la Provincia).

Los defensores, pueden ser acusados ante un Jury de Enjuiciamiento compuesto de los miembros de la Suprema Corte y un número igual de senadores y un número también igual de diputados que serán nombrados anualmente por votación nominal en la primera sesión que celebren las respectivas Cámaras.

Este Jury será presidido por el presidente de la Suprema Corte o por su reemplazante legal y no podrá funcionar con menos de la mitad más uno de sus miembros.

La acusación será presentada al presidente del Jury, quien deberá citar a los demás miembros que los componen.

Decidirá este Tribunal por votación nominal y por mayoría de votos de la totalidad de sus miembros, si procede la continuación del juicio o si debe desestimarse la acusación. En el primer caso el acusado quedará suspendido en el ejercicio de sus funciones.

Desde el momento en que el Jury declare que procede la acusación, interviene el procurador de la Corte en representación del ministerio público y sin perjuicio de la participación del acusador particular.

El fallo condenatorio no tendrá más efecto que la destitución del acusado, salvo el caso de que el motivo de la condenatoria fuere la perpetración de delitos, que estuvieren sujetos a la justicia ordinaria, en cuyo caso el Jury deberá pasar los antecedentes al ministerio fiscal.

Declarado absuelto el acusado, queda restablecido en la posesión de su empleo y a salvo las acciones civiles o criminales a que hubiere lugar (arts. 164 y 165 de la Constitución de la Provincia).

El sistema mediante el cual se provee a la defensa de los imputados en causas penales está a cargo, exclusivamente, de defensores públicos nombrados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (art. 150 de la Constitución de la Provincia de Mendoza.).

A esta regla general debe agregarse un caso particular que es el previsto en el art. 104 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto al nombramiento de defensor particular a cargo del erario de la Provincia de Mendoza, para aquellos supuestos en que el defensor oficial ya asignado a una persona no hubiere presentado las pruebas de descargo o la defensa en el término de ley.

El Ministerio Público goza de autonomía funcional de acuerdo al rol que le es adjudicado en el Código Procesal de la provincia. Esto implica que la acción penal está sólo en cabeza de tal Ministerio (art. 6) lo que se ve reflejado, por ejemplo, en el supuesto contemplado en el art. 370 del ordenamiento mencionado por el cual, en caso de discrepancia entre juez y fiscal de instrucción acerca de si una causa debe ser elevada a juicio o no, se dispone que sea el fiscal de cámara quien se pronuncie sobre la cuestión, resultando su decisión obligatoria para el juez.

La función que desempeña la defensa pública se desprende de las obligaciones enumeradas en el art. 102 de la L.O.T. (Ley Orgánica de Tribunales de la Provincia de Mendoza), que son: patrocinar ante los tribunales a todas las personas que obtengan declaratoria de pobreza, a los efectos de litigar en papel común, y patrocinar a los pobres declarados tales en los juicios a que aquella se refiera; patrocinar igualmente a todos los presos encausados criminalmente, que no tuviesen un defensor especial; representar a los ausentes en los juicios de ausencia con presunción de fallecimiento y en sus secuelas, y a las personas de ignorado domicilio siempre que se haya justificado esta circunstancia en juicio; ejercer el cargo de tutor o curador especial de los menores e incapacitados, en los juicios de remoción, rendición de cuentas, sucesiones, declaratorias de incapacidad y demás, en que el derecho exija la intervención de un tutor o curador especial; defender a los incapaces y denunciados como dementes, cuando concurran razones especiales de pobreza; evacuar las consultas que le sean solicitadas por aquellas personas que sólo tengan lo necesario para su subsistencia y redactar, cuando razones de urgencia lo hicieren indispensable, los escritos respectivos en los que el sello y firma del defensor harán constar la procedencia de los mismos.

La defensa oficial posee una organización jerárquica en tanto los defensores oficiales dependen del Procurador General de la Suprema Corte de Justicia, por lo demás todos los defensores poseen idéntica jerarquía y se desempeñan ante los distintos órganos judiciales.

En cuanto a la organización funcional de las defensorías oficiales en la provincia, éstas se dividen en civiles y penales. La provincia está dividida en cuatro circunscripciones. En la primera circunscripción existen siete defensorías penales y cinco defensorías civiles. La segunda y tercera circunscripción cuentan con dos defensores oficiales, en tanto que en la cuarta se desempeña un único defensor. Con excepción de la primera de las circunscripciones, en las restantes los defensores tienen competencia múltiple.

El servicio que presta la defensa pública es gratuito para el defendido, sin que sea necesario acreditar el estado de pobreza en todas aquellas causas que tramiten en el fuero penal.

Si bien, durante el año 1999 se crearon defensorías especializadas en menores, hasta el momento éstas se encuentran vacantes, motivo por el cual la defensa actual de los menores en las causas penales es ejercida por los asesores de menores.

Provincia de La Rioja

La defensa oficial en la Provincia de La Rioja es parte del Ministerio Público local (art. 138 de la Constitución de la Rioja) y a su vez integra la Función Judicial, tal como surge de la Carta

Magna provincial, art. 129 y del art. 1º de la L.O.M.P. (ley Orgánica del Ministerio Público de la Provincia de La Rioja).

El Ministerio Público tiene autonomía funcional según le ha sido otorgada en el Código Procesal Penal de esta provincia al establecerse que el ejercicio de la acción le corresponde a él. Asimismo en la ley orgánica del Ministerio Público se establece que éste actuará con plena independencia de los demás poderes del Estado, conformando una unidad funcional (art. 4º). Prueba de esta autonomía es el supuesto contemplado en el art. 382 del mismo ordenamiento legal en lo relativo a la obligatoriedad para el juez de sobreeser en una causa si así lo dispusiera el Fiscal de Cámara, en los casos en que existió disparidad de criterio entre juez y agente fiscal.

A excepción del Procurador General que es designado por la Cámara de Diputados a propuesta del Gobernador, para los demás integrantes del Ministerio Público, el Consejo de la Magistratura examina las aptitudes técnicas de los aspirantes en concurso público y abierto y eleva a la Cámara de Diputados una nómina de cinco postulantes en condiciones de cubrir el cargo para su designación en pública sesión (art. 136 de la Constitución de la Provincia de la Rioja). Asimismo el artículo 130 del mismo ordenamiento establece que los miembros del Ministerio Público gozan de las mismas inmunidades que los Diputados y que sólo podrán ser removidos en la forma y por las causas previstas por esa Constitución.

Es función de los defensores oficiales de pobres y ausentes patrocinar en juicio a las personas que hubiesen obtenido carta de pobreza para litigar, como así también en los trámites necesarios para obtenerla; evacuar consultas cuando ellas sean solicitadas por personas que sólo tengan lo necesario para subsistir, las que deben ser escritas; representar y defender a los ausentes, o cuando las leyes procesales o sustanciales lo prescriban, o sea convocado a tal efecto; defender a los acusados penalmente cuando estos no designaren particular; ejercer a pedido de la víctima, la acción civil resarcitoria emergente de un delito si aquélla careciera de recursos actuales; arbitrar en todos los casos las medidas precautorias necesarias para asegurar los derechos que defiende; agotar los recursos legales que fueren pertinentes contra las resoluciones adversas a los intereses de sus defendidos (art. 27 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

La defensa oficial se estructura en forma jerárquica y en su vértice superior se encuentra el Procurador General ante el Tribunal Superior de Justicia que ejerce superintendencia sobre el resto de los integrantes del Ministerio Público (art. 138 C.P. La Rioja y 3º de la L.O.M.P.). En la ley orgánica se describe la equiparación existente entre los miembros del Ministerio Público y del Poder Judicial, en cuanto a remuneración, jerarquía, autoridad o trato. Así, el procurador general tendrá jerarquía de juez del Tribunal Superior de Justicia; el fiscal de Cámara, de juez de Cámara; el agente fiscal, asesor y defensor, la de juez de instrucción.

Cada defensoría oficial se desempeña ante los distintos tribunales, juzgados y cámaras sin que exista una división de ellas en razón de la materia sobre la cual ejercen su ministerio, pues lo hacen indistintamente ante cada fuero judicial.

Conforman este ministerio pupilar una defensoría oficial en la primera circunscripción judicial; dos en la segunda, Chilecito y Villa Unión; y una última asignada a la tercera, cuarta y quinta circunscripción. Los defensores que se desempeñan en tales dependencias tienen competencia múltiple y ejercen su función en todas las instancias judiciales.

Los tribunales están obligados a regular honorarios en todas las causas en que intervengan defensores oficiales. En aquellos supuestos en que estos deban ser afrontados por la otra parte o por el imputado que no hubiese acreditado pobreza, se ha dispuesto que lo percibido ingrese al Ministerio Público para el mejoramiento de su función, atendiendo especialmente a los menores incapaces (art. 28 L.O.M.P.)

Mediante la sanción de la ley 5474 en el año 1999 se creó un juzgado de menores y una defensoría que actuaría ante aquél, sin embargo el defensor oficial correspondiente no ha sido designado aún, y por ello esta dependencia no se encuentra en funcionamiento actualmente, continuando las tareas atinentes a esta dependencia en cabeza del defensor oficial originario.

Provincia de San Juan

La Constitución de la provincia de San Juan establece en la sección sexta, capítulo segundo, referido a la constitución y organización del poder judicial que el ministerio público es un órgano integrante de este poder (art. 202 de la Constitución de la Provincia de San Juan). Asimismo el artículo siguiente establece que éste está integrado por el Fiscal General de la Corte de Justicia, por los Fiscales de Cámara, por los Agentes Fiscales y por los Asesores y Defensores Oficiales. El primero de ellos es quien ejerce la superintendencia sobre los demás miembros integrantes del Ministerio Público (art. 203 de la Constitución de la Provincia de San Juan y 4 de la Ley Orgánica de Tribunales de la Provincia de San Juan –L. 5854 y sus modificatorias L5908 y L 6395).

Por ser integrante de este poder carece de autarquía financiera y autonomía funcional, así por ejemplo el personal que integre el ministerio público será designado por la Corte de Justicia de la provincia.

Es función del Consejo de la Magistratura de la Provincia proponer la terna remitida a la Cámara de Diputados, para el nombramiento de los titulares del Ministerio Público (art. 216 de la Constitución de la Provincia).

Asimismo los defensores públicos pueden ser acusados ante el Jurado de Enjuiciamiento por incapacidad física o mental sobreviniente, por delitos en el desempeño de sus funciones, falta de cumplimiento de los deberes a su cargo y por delitos comunes. Corresponde a este Tribunal al funcionario acusado durante el curso de la sustanciación de la causa. Finalmente el Tribunal debe dictar sentencia absolviendo o destituyendo al funcionario, quedando en este último caso separado definitivamente del cargo y sujeto a los tribunales ordinarios (art. 229, 231 y 232 de la Constitución de la Provincia de San Juan).

Es competencia de la Corte de Justicia ejercer las facultades disciplinarias de los miembros de los Ministerios Públicos, pudiendo corregir sus faltas con apercibimiento, suspensión en el ejercicio de sus funciones hasta el término de un mes o multa hasta tres veces el salario mínimo del escalafón judicial (art. 15 inc. f. y 17 inc. g. de la Ley Orgánica de Tribunales).

La función de los defensores de pobres y ausentes de la provincia está establecida la ley orgánica de tribunales. Son sus atribuciones y deberes: tomar los recaudos necesarios para que los pobres demuestren ante ellos su condición de tal; estudiar los asuntos que le fueren sometidos en consulta por los pobres, dándoles el consejo y patrocinio que en derecho conviniere, en todos los fueros, a excepción del fuero de menores, salvo que por impedimento, ausencia, licencia o vacancia de los defensores por ante ese fuero, debiere ejercerlo; patrocinar o representar en su defensa a los litigantes carentes de recursos económicos que hubieren obtenido el beneficio de litigar sin gastos, o que se propusieren obtenerlo; intentar conciliaciones extrajudiciales, en los casos de separación de hechos de los cónyuges y en su defecto iniciar la acción pertinente de separación o divorcio vincular; cuando un juicio fuere contencioso, y ambas partes fueren pobres la contraparte será patrocinada por el defensor de pobres siguientes en orden al que hubiere iniciado la acción; asistir a los indagados que no hubieren designado un defensor especial, y defender a los procesados que no tuviesen medios para pagar un defensor particular; representar y defender a los declarados ausentes, a los ausentes con presunción de fallecimiento, y a las

personas de ignorado domicilio, que citadas por edictos, no hubieren comparecido a juicio; a los fines de la representación en juicio de los litigantes carentes de recurso, estos podrán otorgar al defensor de pobres y ausentes, carta poder, cuya firma esté certificada por un escribano público con registro, juez de paz letrado de cualquier circunscripción o secretario de juzgado de los tribunales ordinarios.

La defensa oficial brinda sus servicios dentro de un sistema cerrado en tanto es ejercida únicamente por funcionarios del ministerio público, quienes actuaran en el orden que establezca la Corte de Justicia, previendo la ley orgánica para el caso de impedimento, ausencia, licencia o vacancia que estos se reemplacen recíprocamente y en aquellos casos en que el impedimento alcance a todos los defensores, ocuparán su lugar los asesores de menores, salvo en la circunscripción de Jachal donde serán reemplazados por el agente fiscal.

La defensa oficial posee una organización jerárquica en tanto los defensores oficiales dependen del Fiscal General de la Suprema Corte de Justicia, por lo demás todos los defensores poseen idéntica jerarquía y se desempeñan ante los distintos órganos judiciales.

En cuanto a la organización funcional de las defensorías oficiales en la provincia, éstas se dividen en defensorías de menores, que son parte necesaria en todos los asuntos concernientes al régimen de las personas y de los bienes de menores e incapaces, y defensorías de pobres y ausentes, con competencia múltiple.

La provincia de San Juan se encuentra dividida en dos circunscripciones. En la primera de ellas, de la Capital, existen dos defensorías de menores y nueve defensorías de pobres y ausentes, en tanto que en la circunscripción de Jachal, hay una defensoría de menores y una defensoría de pobres y ausentes.

En todos los casos los órganos jurisdiccionales deberán regular honorarios, que serán percibidos por el defensor, en todos los casos en que hubiere condenación en costas a favor del pobre que litiga.

El servicio que presta la defensa pública es gratuito para el defendido, no debiendo ser acreditado el estado de pobreza en todas aquellas causas que tramiten en el fuero penal.

Provincia de San Luis

El Ministerio Público en la provincia de San Luis incluye a la Defensa Oficial y depende del Poder Judicial local, tal como se desprende de la Constitución Provincial. Así el art. 191 expresa "...El Ministerio Público es órgano del Poder Judicial y es ejercido por el Procurador General, Fiscales de Cámara, Agentes Fiscales y Defensores, en el modo y la forma que la ley determine..." También lo establece la Ley Orgánica de la Administración de Justicia de esta provincia en sus arts. 7 y 251.

Por ser parte integrante del poder judicial de la provincia, los recursos que le son asignados son administrados por la Dirección Contable y de Personal que está bajo la superintendencia directa del Presidente del Superior Tribunal de Justicia (art. 99, 101 de la Ley Orgánica de la Administración de Justicia de la Provincia de San Luis), resulta ilustrativo al respecto la disposición contenida en el inciso 7° del art. 82 de la misma ley).

Los funcionarios del Ministerio Público, son propuestos en terna por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo y éste designa a uno de ellos con acuerdo de la Cámara de Senadores. Si se rechaza la propuesta por cualquiera de los poderes, es remitida por el Consejo de la Magistratura una segunda terna, en cuyo caso el rechazado por el Senado, no puede integrarla. La designación en este último supuesto debe indefectiblemente efectuarse entre la segunda propuesta remitida. (art. 196 de la Constitución de la Provincia).

Los representantes del Ministerio Público son inamovibles y conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y observen fiel cumplimiento de sus funciones. La inamovilidad comprende el grado y la sede. No pueden ser trasladados ni ascendidos sin su consentimiento. Sólo pueden ser removidos en la forma y por las causales previstas en esta Constitución. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores (art. 201 de la Constitución).

Los integrantes del Ministerio Público, pueden ser acusados ante el Jurado de Enjuiciamiento por mal desempeño de sus funciones, incapacidad física o mental sobreviniente, faltas graves o la comisión de delitos comunes. La acción es pública y puede ser ejercida por cualquier persona; por el Superior Tribunal de Justicia, el Ministerio Público y Colegios de Abogados de la Provincia. (Art. 224 de la Constitución).

Una vez interpuesta la denuncia y previa investigación sumaria el Jurado decide si hace o no lugar a la formación de la causa. Su resolución termina el proceso si fuese negativa, en caso contrario, se sustancia el juicio. Mientras se sustancia la causa, el Jurado debe disponer la suspensión con goce de medio sueldo del magistrado o funcionario acusado. El Jurado pronuncia su veredicto declarando al funcionario acusado, culpable o no de los hechos imputados. En el primer caso es separado definitivamente del cargo pudiendo inhabilitárselo para ejercer cargos públicos con los alcances y efectos que estime corresponder y queda sometido a los tribunales ordinarios si fuere procedente; en el segundo, continúa en el desempeño de su cargo. El Jurado debe comunicar su veredicto a la autoridad correspondiente. Además de los delitos y faltas de los funcionarios sujetos a la jurisdicción del Jurado de Enjuiciamiento que determine la ley respectiva, son causales de remoción para los miembros del Ministerio Público del Poder Judicial: la mala conducta, la negligencia, el desconocimiento reiterado y notorio del derecho y la morosidad injustificada en el ejercicio de sus funciones (artículos 227 a 231 de la Constitución de la Provincia).

En la mencionada ley orgánica se establece el sistema mixto de defensa gratuita que ofrece el estado local a las personas que la necesitan (arts. 24 inc. 8, 124 y 43 inc. 19). La regla es proporcionar defensores de oficio, pero hay casos en los cuales se ha previsto un sistema de adjudicación de defensores ad hoc seleccionados de entre los abogados de la matrícula.

La defensa pública es gratuita para los imputados en causas penales, conforme lo prevé el Código Procesal Penal y también para los trabajadores cuando así lo requieran en una causa laboral. En los demás supuestos se exige carta de pobreza para acceder a tal beneficio (art. 82 incs. 1, 2 y 3 Ley Orgánica de la Administración de Justicia).

Son deberes y atribuciones de los defensores de pobres, encausados y ausentes: representar y defender en juicio a quienes gozan del beneficio de litigar sin gastos, previa gestión de carta de pobreza; del mismo modo a detenidos, encausados y condenados de conformidad con la ley procesal; a los trabajadores y sus derecho habientes, cuando estos requirieran su asistencia; agotar obligatoriamente los recursos contra las resoluciones adversas a los intereses de sus representados; visitar en las cárceles a sus defendidos, mensualmente; llevar en la forma que reglamentariamente se prevé libros de actas, de convenios y demás libros; representar y defender en juicio a los ausentes de domicilios ignorados en los casos en que la ley lo prevea.

La jerarquización dentro del Ministerio de la Defensa Oficial se estructura con un Procurador General a la cabeza de todos los defensores públicos: defensores de pobres, encausados y ausentes; defensores de menores e incapaces y un defensor de pobres, encausados, menores, incapaces y ausentes en Concarán.

La provincia de San Luis se encuentra dividida en dos circunscripciones judiciales. En la primera de ellas actúan, con asiento en la ciudad de San Luis, un defensor de pobres, encausados y ausentes en lo civil, comercial, minas y laboral; un defensor de pobres, encausados y ausentes en lo penal y correccional, y dos defensores de menores e incapaces. En la segunda, con asiento

en la ciudad de Villa Mercedes, se desempeña igual número de defensores, con una asignación de tareas idéntica a la anteriormente enumerada; y con asiento en la ciudad de Concarán, un único defensor de pobres, encausados, menores, incapaces y ausentes.

Funcionalmente, las defensorías se reparten la tarea por especialización en tres grandes grupos de materias: Civil, Comercial, Minas y Laboral; Penal y Correccional; y Menores e Incapaces.

El servicio prestado por la defensa pública es gratuito para el defendido siempre que acredite el estado de pobreza, salvo en las causas que tramiten en el fuero penal.

Provincia de Jujuy

En la provincia de Jujuy, el Ministerio Público no es independiente del Poder Judicial. En la Constitución provincial, en el capítulo correspondiente a este poder, se establece su integración: un fiscal general, fiscales, agentes fiscales y defensores y lo mismo ocurre con la ley orgánica del poder judicial de esta provincia, que incluye en su título I "Estructura del Poder Judicial" a todos los miembros del Ministerio Público.

La defensa oficial es brindada por el Departamento de Asistencia Jurídico-social y defensores oficiales, cuyo director ejerce la superintendencia de los demás miembros de este departamento, selectivamente delegadas por el Superior Tribunal de Justicia.

Así se advierte que este Departamento no goza de autonomía funcional, sirviendo de ejemplo la obligación de elevar trimestralmente al Superior Tribunal, una estadística de causas (art. 109 inc. 6° de la Ley Orgánica de Tribunales de la Provincia de Jujuy) como tampoco de autonomía financiera, toda vez que la Contaduría del Poder Judicial es quien tiene a su cargo toda la gestión administrativo-contable de todo el poder judicial incluido el Ministerio Público.

Respecto de quienes tienen a su cargo prestar el servicio de la defensa, cabe destacar que la regla general es que esta sea ejercida por funcionarios del Departamento antes mencionado. Sin embargo, el Superior Tribunal de Justicia local tiene la obligación de designar anualmente por sorteo a diez abogados de la matrícula para reemplazar a los magistrados y funcionarios en los casos que corresponda. Es el artículo 110 de la ley orgánica el que contempla la posibilidad de recurrir a abogados de esa lista en casos de suplencia, del mismo modo que específicamente se alude a esta forma de reemplazo respecto del defensor de menores en el artículo 120 de esta ley.

En las causas penales la defensa en principio es gratuita, mientras que en los demás casos debe acreditarse la carencia de recursos para acceder a la defensa pública.

Son deberes y atribuciones del cuerpo de defensores oficiales: asesorar, representar y patrocinar a quienes carecen de recursos o les sea difícil o grave abonar los gastos de asistencia jurídica y a quienes corresponde el beneficio de justicia gratuita; prestar la colaboración que les sea solicitada por los jueces de los distintos fueros; asumir la defensa de los procesados mientras no sean representados por abogados de la matrícula; informarse del estado de la causa a fin de solicitar las diligencias necesarias para la tramitación de la causa; peticionar a favor de sus defendidos todas las medidas que fueran necesarias e interponer todos los recursos correspondientes; concurrir a las visitas de cárceles y formular los pedidos pertinentes para activar los procesos, representar al demandado en los juicios cuando se trate de ausentes, personas inciertas o cuyo domicilio se ignore, asumiendo la intervención o defensa conforme a las leyes; en los juicios sucesorios, representar a los herederos ausentes si la ausencia fuere presunta y a aquellos cuyo domicilio se ignore; desempeñar las funciones de curado provisorio del demandado de insania, cuando los bienes de éste fueren reducidos; representar al ausente en el juicio sobre presunción de fallecimiento; ejercer el Ministerio Público Fiscal en todas las causas civiles en las que sean habilitados dictaminando dentro de los plazos legales, contestando las acciones y

oponiendo todas las defensas que correspondan. En cuanto a la jerarquía dentro del Ministerio Público de la Defensa, el Director del Departamento de Asistencia Jurídico Social tendrá a su cargo las funciones de superintendencia que le sean delegadas por el Superior Tribunal de Justicia como así también la facultad de prevenir o apercibir toda falta cometida por los defensores pudiendo solicitar su suspensión o la remoción ante quien corresponda en caso de mal desempeño de sus funciones. (arts. 104 y 105 de la L.O.P.J.).

El Departamento de Asistencia Jurídico-Social está integrado por el Director, y la defensoría de pobres y ausentes formada por un cuerpo de nueve defensores y una defensoría de menores e incapaces integrada por ocho defensores. Asimismo existen cinco defensores regionales, correspondientes a los departamentos de Humahuaca, Palpalá, Libertador General San Martín, Perico y la Quiaca. Finalmente Los Tribunales con asiento en San Pedro de Jujuy cuentan con una Defensoría de pobres y ausentes y una defensoría de menores, integradas por dos defensores cada una de ellas.

Conforme lo establece el inciso 6º del artículo 107 de la L.O.P.J., el Director y los defensores oficiales no percibirán otro emolumento que el que le asigne la ley de presupuesto, salvo los casos en que a requerimiento de los jueces defendieren a personas pudientes o en que fuere condenado en costas quien no goce del beneficio de justicia gratuita.

Tanto el Director como los demás defensores integrantes de Departamento de Asistencia Jurídico Social son designados a propuesta en terna del Superior Tribunal de Justicia, por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Legislatura, prestado en sesión pública (art. 158 de la Constitución de la Provincia).

Los funcionarios del ministerio público conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta y cumplan con sus obligaciones legales, no pueden ser trasladados ni ascendidos sin su conformidad. Sólo pueden ser removidos en la forma establecida en la Constitución de la Provincia.

Pueden ser removidos por delitos, por incumplimiento de los deberes a su cargo o por incapacidad para el desempeño de sus funciones, previo enjuiciamiento. Los miembros del Superior Tribunal de Justicia y el fiscal general tienen la obligación de denunciar las faltas y delitos que cometieron los demás magistrados o funcionarios del Poder Judicial. También pueden ser acusados por cualquier habitante que tenga el goce de sus derechos y comparezca con patrocinio letrado, pero si la denuncia fuere desestimada por arbitraria o maliciosa se remitirán los antecedentes al juez competente.

Intervienen en la investigación de los hechos dos jueces del Superior Tribunal de Justicia y un miembro de los tribunales inferiores, quienes serán designados por sorteo. Este Tribunal dicta resolución fundada para rechazarse la acusación o disponerse la formación de causa. En el primer caso, se dispone el archivo de las actuaciones sin recurso alguno. En el otro caso, las actuaciones se elevan al Jurado de Enjuiciamiento y puede disponerse, además, la suspensión del acusado sin goce de haberes, también sin recurso alguno.

El enjuiciamiento del acusado estará a cargo de un jurado compuesto por tres jueces del Superior Tribunal de Justicia que no hubieren intervenido en la instrucción del sumario, por los dos miembros más antiguos en funciones judiciales de los tribunales inferiores y por dos abogados elegidos mediante sorteo entre los veinte primeros de mayor antigüedad en el ejercicio activo de la profesión.

El Jurado de Enjuiciamiento será presidido por uno de los jueces del Superior Tribunal de Justicia, elegido por mayoría de votos. El fiscal general tendrá a su cargo sostener la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Este Jurado debe dictar sentencia dentro del plazo de treinta días destituyendo o absolviendo al enjuiciado. Si el fallo dispusiera la remoción del enjuiciado, podrá además inhabilitárselo por tiempo determinado, sin perjuicio de su responsabilidad civil o penal. Si la sentencia fuere absolutoria, el acusado volverá al ejercicio de sus funciones, se le abonarán las retribuciones que hubiere dejado de percibir por todo concepto y no podrá ser juzgado nuevamente por los mismos hechos (arts. 171 a 177 de la Constitución de la Provincia de Jujuy).

VII. CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES

Por *Cecilia García Castro*

José Miguel Ipohorski Lenkiewicz

La Ciudad de Buenos Aires ha sido declarada Capital de la República Argentina por ley del Congreso Nacional n° 1029 de acuerdo a lo que prescribe el artículo 3° de la Constitución Nacional. A su vez, en virtud del artículo 129 C.N., tiene un régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción. Sin embargo, conforme a una ley especial que garantiza los intereses del Estado Nacional, mientras la Ciudad mantenga su status de Capital, su jurisdicción se encuentra limitada a las materias de vecindad, contravencional y de faltas, contencioso-administrativa y tributarias locales, quedando a cargo del Poder Judicial de la Nación el juzgamiento de los procesos civiles, comerciales y penales (art. 8 ley 24.588).

Tal como lo establece el artículo 124 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Ministerio Público goza de autonomía funcional y autarquía financiera dentro del Poder Judicial de la Ciudad. Es decir que, aunque sea un órgano integrante del Poder Judicial, es un órgano independiente que ejerce la defensa del interés social, de modo imparcial, observando los principios de legalidad y unidad de actuación, con plena independencia funcional respecto de los poderes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Este órgano está compuesto por el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa y el Ministerio Público Tutelar. Cada uno de los tres organismos que integran el Ministerio Público, de acuerdo con la especificidad de las funciones que deben cumplir y considerando los diversos intereses que deben atender, responde al principio de unidad e indivisibilidad. Cada uno de sus integrantes, cuando actúa, representa al Ministerio Público en su conjunto. (Art. 125 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y arts. 1°, 4° y 5° de la ley 21, Ley Orgánica del Ministerio Público de la ciudad de Buenos Aires).

Frente a la sustanciación de cualquier proceso, dentro de la jurisdicción del Poder Judicial de la Ciudad, la defensa de las personas ausentes, renuentes a nombrar un abogado de su confianza, o que carezcan de recursos económicos necesarios para solventárselo, es ejercida por un cuerpo de funcionarios del Estado que integran el Ministerio Público de la Defensa.

Ello no impide, sin embargo, que otras entidades o asociaciones puedan asumir, algunas por obligación legal y otras por propia iniciativa, el patrocinio jurídico gratuito de esas mismas personas. Por ejemplo, la ley 23.187, que regula el ejercicio de la abogacía en la Capital Federal, en su artículo 6°, establece, entre otros, como deber específico de los abogados aceptar y ejercer los nombramientos de oficio que por sorteo efectúen las autoridades del Colegio para asesorar, defender o patrocinar jurídicamente en forma gratuita, a litigantes carentes de suficientes recursos. A su vez, ordena la creación del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, quien deberá establecer un consultorio gratuito para quienes carecieren de recursos, organizando la defensa y asistencia jurídica de los mismos, pudiendo admitir estudiantes de derecho como practicantes (arts. 17 y 55). Por otro lado, algunas universidades y asociaciones civiles, como la Universidad

de Buenos Aires y la Corporación de Abogados Católicos, establecen voluntariamente en sus estatutos formas de asistir y patrocinar gratuitamente a personas carenciadas.

El Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires está organizado jerárquicamente. Su titularidad es ejercida por el Defensor General. A su vez, de él dependen inmediatamente dos Defensores Generales Adjuntos y los demás Defensores que actúan ante las distintas Cámaras de Apelaciones y los Juzgados de Primera Instancia, en lo contencioso-administrativo y tributario y contravencional y de faltas.

La dependencia jerárquica, dentro de cada uno de los organismos que componen el Ministerio Público, y de cada fuero, tiene por fundamento permitir que cada integrante del Ministerio Público controle el correcto desempeño de las funciones de los integrantes de menor nivel jerárquico y de quienes los asisten.

El Defensor General es designado por el Jefe de Gobierno, con el acuerdo de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura. Los requisitos formales para ser Defensor General son ser argentino, tener 30 años de edad como mínimo, ser abogado con ocho años de graduado, tener especial versación jurídica y haber nacido en la ciudad o acreditar una residencia inmediata en ésta no inferior a cinco años. Para el desempeño de los restantes cargos del Ministerio Público, deben reunirse las condiciones exigidas para ser juez de cámara o de primera instancia, según corresponda (art. 111, 112 y 126 de la Constitución de la Ciudad y arts. 7° y 8° de la ley 21).

El Consejo de la Magistratura, mediante concurso público de antecedentes y oposición, selecciona a los candidatos del Ministerio Público que no tengan otra forma de designación prevista en la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. A su vez, los propone a la Legislatura, quien los designa por el voto de la mayoría absoluta de su cuerpo (arts. 116 y 118 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y art. 2 de la ley 31, Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura).

Los integrantes del Ministerio Público, en todos sus rangos, al tomar posesión de sus cargos prestan juramento o manifiestan compromiso ante sus superiores jerárquicos (art. 9° ley 21).

El Defensor General dura siete años en sus funciones, pudiendo ser reelegido con intervalo de un período completo. Es removido en la misma forma y con los mismos requisitos que los integrantes del Tribunal Superior de Justicia; es decir, por juicio político.

Los integrantes del Ministerio Público designados por la Legislatura a propuesta del Consejo de la Magistratura gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta, y sólo pueden ser removidos por el Jurado de Enjuiciamiento, por las causales y mediante el procedimiento que se establece en el Capítulo Quinto del Título Quinto de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, con la salvedad que se reemplazan los dos jueces ajenos al Tribunal Superior por dos funcionarios del Ministerio Público, seleccionado de una lista de ocho, elegidos por sus pares mediante el sistema de representación proporcional. Las causales de remoción son: comisión de delitos dolosos, mal desempeño, negligencia grave, morosidad en el ejercicio de sus funciones, desconocimiento inexcusable del derecho e inhabilidad física o psíquica (arts. 121, 122 y 126 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y 10° de la ley 21).

El Defensor General ejerce ante el Tribunal Superior de Justicia las facultades propias del Ministerio Público de la Defensa, por sí o continuando la intervención de éste en instancias anteriores. Además, puede fijar normas generales para la distribución del trabajo del Ministerio a su cargo y supervisar su cumplimiento, como también elaborar criterios generales de actuación de sus integrantes, aunque estos criterios no pueden referirse a causas particulares ni ser contradictorios con la misión de cada integrante del Ministerio Público (art. 24, ley 21).

Los Defensores Generales Adjuntos realizan las funciones que el titular del Ministerio les encomiende; pueden sustituirlo en las causas que así lo resuelva; y lo reemplazan en caso de licencia, recusación, excusación, impedimento o vacancia (art. 25, ley 21).

Los Defensores antes las Cámaras de Apelaciones continúan ante ellas la intervención que el Ministerio Público de la Defensa haya tenido en instancias anteriores y desempeñan en el ámbito de su competencia las funciones que la ley confiere a los Defensores de primera instancia (art. 26, ley 21). Los Defensores de Primera Instancia actúan cuando son designados en las respectivas causas judiciales para ejercer la defensa y representación en juicio de quienes se encuentran ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos; cuando son designados en las respectivas causas judiciales para ejercer la defensa y representación en juicio de quienes invocan y justifican pobreza; y cuando sean convocados para la defensa de los imputados en las causas ante la justicia contravencional. También tienen el deber de entrevistar a sus defendidos periódicamente y asistir a los lugares de detención transitoria o permanente. Además, deben procurar hallar a sus representados cuando estuvieran ausentes, arbitrando los medios para ello y deberán contestar las consultas que les formulen las personas carentes de recursos, asistirles en los trámites judiciales pertinentes y patrocinarlas para la obtención del beneficio de litigar sin gastos. (Arts. 27, 28, 29, 30 y 31 de la ley 21).

Los integrantes del Ministerio Público gozan de la mismas prerrogativas e inmunidades que el artículo 78 de la Constitución de la Ciudad reconoce a los legisladores: conservan sus empleos mientras dure su buena conducta, reciben por sus servicios una retribución que no puede ser disminuída mientras permanezcan en sus funciones y no pueden ser arrestados desde el día de su nombramiento, salvo en caso de flagrante delito. Ello no implica que no se le puedan seguir procesos en su contra, ni que queden exentos de pagar los impuestos que establezca la Legislatura y los aportes previsionales que correspondan (arts. 78 y 110 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires).

242 | Asimismo, se encuentran alcanzados por las mismas incompatibilidades e inhabilidades que establecen la Constitución de Buenos Aires, la ley y los reglamentos respecto de los jueces a quienes se hallen equiparados (art. 13 ley 21). Como tampoco pueden recibir honorarios por el trabajo desempeñado. También pueden ser recusados por las mismas causales establecidas respecto de los jueces, en las leyes procesales que rijan en las causas que intervengan. En los mismos supuestos podrán excusarse o abstenerse de intervenir en las causas que les fueren asignadas. Pueden hacerlo cuando existieren motivos graves de decoro o delicadeza que obsten a su actuación imparcial. En ningún caso se admite la recusación sin causa (art. 14° de la ley 21). El régimen de nombramiento de los demás empleados del Ministerio Público se basa en los reglamentos dictados a tal efecto por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad y aquellos quedan sujetos a su potestad disciplinaria (art. 2 incs. 4 y 5, ley 31, Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura).

Por otro lado, con respecto a la defensa de los menores de edad, la ley 12 de Procedimiento Contravencional de la Ciudad, en su artículo 27, establece que cuando la persona que estuviere incurso en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros el o la fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ a inmediatamente a disposición de un organismo especializado previsto en el artículo 39 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. A su vez, en la Disposición Transitoria de aquella ley se indica que hasta tanto se constituya ese organismo, su intervención estará a cargo del equipo técnico profesional de la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes de la Secretaría de Promoción Social del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Si bien todo lo expuesto constituye el marco legal del Ministerio Público de la Defensa, en la actualidad, además del Defensor General y los Adjuntos, solo hay siete defensores contravencionales, que actúan en ambas instancias, toda vez que es el único fuero constituido, ya que el contencioso-tributario no se ha integrado aún.

LOS CUADERNOS DE LA DEFENSA

La defensa oficial en el nuevo código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires, Argentina

MARÍA FERNANDA LÓPEZ PULEIO

ESTELA GONZÁLEZ ESPUL

SARA PEÑA GUZMÁN

DIEGO FERNÁNDEZ

VICTORIA BALLVÉ

ANDRÉS HARFUCH

Los autores son miembros titulares del INECIP (Argentina) y formaron parte de la comisión de implementación del nuevo sistema de enjuiciamiento penal de la provincia de Buenos Aires en el área de la defensa pública. El cuaderno que aquí se publica tuvo una gran difusión e influencia en los comienzos de la reforma.

I. Introducción

Buenos Aires es, por peso histórico y cultural, la provincia más importante de la República Argentina. Posee una extensión geográfica superior a las de Alemania y Francia. Su población total es de veinte millones de personas, quince de las cuales habitan en el llamado “conurbano bonaerense”, donde se asienta el cordón industrial más poderoso del país. El resto de sus habitantes se disemina a lo largo de la interminable llanura pampeana, fuente de la actividad agropecuaria principal de la Argentina.

El servicio de justicia se brinda a través de dieciocho departamentos judiciales de dispares características, en tanto siete de ellos (los situados en el conurbano bonaerense) deben atender las necesidades del 90% de la población provincial, con un modo de vida completamente distinto al de la gente del interior.

El impacto de las políticas de ajuste iniciadas a mediados de los años setenta e incrementadas a fines de los ochenta se tradujo en una crisis industrial y productiva sin precedentes. Algunos de sus resultados están a la vista: legiones de desocupados, índices de pobreza pavorosos y surgimiento de grandes asentamientos precarios (“villas miseria”) donde sobreviven millones de personas que, como no podía ser de otra manera, constituyen el núcleo central contra el cual ejerce su poder la agencia penal. Mirada de ese modo, la provincia de Buenos Aires reviste una complejidad sin par y representa, sin duda alguna, uno de los mayores desafíos de la reforma de los sistemas de justicia de la región iberoamericana.

II. Breve historia del sistema penal bonaerense

La Constitución Argentina (1853-60 y su posterior reforma en 1994) adoptó como modelo de enjuiciamiento penal para todo el país el sistema de juicio por jurados.

Su incumplimiento hasta el día de hoy representa una de las mayores ignominias de la vida institucional argentina¹.

¹ Cf., por todos, Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Ed. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1996, ps. 775-793.

Peor aun, hasta las consecuencias necesarias que se derivan de la opción constitucional por el sistema de jurados (juicio oral, única instancia, organización judicial horizontal, división entre los órganos de persecución y de decisión, libertad probatoria, entre otros) también fueron ignoradas hasta la irrupción en el panorama nacional del impulso reformador de la provincia de Córdoba. A partir del ya legendario Código Procesal Penal cordobés de 1939, se inició un movimiento reformista -exitoso en la mayoría de las provincias- que intentó acercar la justicia penal al ideal del constituyente originario.

No obstante, la fuerza de ese movimiento, que inclusive trascendió nuestras fronteras, no fue suficiente para acabar con el sistema inquisitivo imperante en la provincia de Buenos Aires².

En 1915 se dictó en la provincia un Código Procesal Penal (ley 3589) que se mantuvo inalterado hasta el 28 de septiembre de 1998³. Ese código se debió al genio inspirador de Tomás Jofré quien, en épocas en que nada parecía amenazar al sistema inquisitivo por registros, dedicó sus primeros artículos a la defensa e instituyó el juicio oral en instancia única obligatorio para todos los hechos de muertes dolosas y optativo, a instancias del acusado, para el resto de los delitos graves.

Fue sólo una bocanada de aire fresco que no logró extenderse al resto del procedimiento. Así, hubo que esperar 83 años hasta su derogación. En ese lapso, debió tolerarse que el mismo juez del sumario investigara, decidiera las medidas de coerción, garantizara los derechos constitucionales del imputado, clausurara la investigación o sobreesyera, realizara el juicio plenario (escrito), dictara la sentencia definitiva e hiciera las veces de juez de ejecución de la pena⁴.

La impresionante sobrecarga de trabajo debida al escaso número de jueces penales y a una anacrónica organización judicial en relación a la extensión territorial y a la enorme densidad de población motivó el uso a discreción del fenómeno de la delegación.

Así, dentro de cada juzgado, fiscalía y defensoría oficial, gran parte de las tareas que les correspondían a sus titulares la realizaban los letrados y empleados de cada dependencia.

Más aun, las investigaciones de la etapa sumarial fueron delegadas por los jueces en su casi totalidad en manos de la policía bonaerense a partir de un código sumamente permisivo en ese aspecto. Por ello, durante décadas debieron padecer los bonaerenses que la policía, por orden de los jueces penales, tomara testimonios, efectuara todas las pericias, realizara los reconocimientos en rueda, librara órdenes de detención, de incomunicación, alojara a los detenidos, etcétera.

El traspaso de este poder de enorme intensidad de quienes constitucionalmente debían ejercerlo en favor de la policía acabó con el viejo código y, paradójicamente, con la misma policía⁵.

El nuevo sistema procesal nació, por un lado, con un gran consenso entre los operadores de la agencia judicial, fruto, entre otras cosas, del lógico devenir cultural que se advertía de similares experiencias en las provincias y en la Nación. Pero, por otro, también fue hijo de una crisis política

2 Recién en 1992 el país derogó el CPN vigente desde 1889 (absolutamente inquisitivo) y lo suplantó por otro que, sin escindir todavía la función de juzgar y decidir en la etapa preparatoria, por lo menos instituyó el juicio oral y público con todas sus notas características (inmediación, continuidad, concentración, sistema de libres convicciones y de libertad probatoria).

3 En 1985, el recién instituido gobierno democrático provincial sancionó la ley 10.358 de reforma del código que, sin significar la más mínima alteración de fondo en la estructura del procedimiento, hizo desaparecer al menos varias de sus disposiciones más ofensivas al Estado de Derecho, a saber: prohibió a la policía tomar declaración indagatoria, abolió el secreto de todos los sumarios durante la instrucción policial, abolió la incomunicación obligatoria de todos los detenidos y atemperó el régimen de detención.

4 Respecto al viejo sistema procesal penal bonaerense (aun vigente para las causas residuales del sistema), ha dicho Maier: "Sus instituciones judiciales y la forma como se administra justicia no sólo no se compadecen con un Estado de Derecho y con las leyes fundamentales del país, sino que, además, lesionan hoy exigencias básicas de Derecho Internacional, según las cuales su práctica judicial concreta no sería reconocida como tal por la comunidad internacional y, mucho menos, por la ciencia jurídica" (Maier, Julio B. J., *El nuevo código procesal penal de la provincia de Buenos Aires*, en "Nueva Doctrina Penal", 1997/B, Ed. del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997, p. 805).

5 En 1997 se inició un proceso de reforma policial en la provincia de Buenos Aires -paralelo a la reforma del enjuiciamiento penal- que modificó de cuajo a la policía bonaerense. Este proceso no ha finalizado, tuvo sus causas en la increíble corrupción, participación en hechos delictivos que sacudieron al país y en la ineficacia para contener el aumento del delito de esta institución. Fueron claramente diferenciadas la policía de investigación y la de seguridad y al frente de este conjunto se designó un civil. Esta experiencia está hoy en franco retroceso a raíz de las políticas implementadas por el gobierno de la provincia entre el año 1999 y el 2001.

sin precedentes generada por la policía bonaerense, que incluso traspasó las fronteras de nuestro país⁶.

III. Síntesis del nuevo esquema procesal

El nuevo CPP bonaerense se inscribe en la línea trazada por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (CPPMI), que ha presidido la reforma del enjuiciamiento penal en la región y al cual responden gran parte de los nuevos textos legales que de ella han surgido.

El 28 de septiembre de 1998 comenzó a regir en la provincia de Buenos Aires el nuevo Código Procesal Penal bonaerense (ley 11.922 y la ley de ministerio público (ley 12.060, en adelante LMP).

El cambio fue profundo: desapareció el juez todopoderoso que investigaba, decidía y ejecutaba de oficio y en forma escrita. La investigación penal preparatoria fue confiada íntegramente al ministerio público fiscal con control de un juez de garantías y una cámara de garantías (con tres jueces) que conoce en grado de apelación. Las medidas de coerción personal y real fueron revestidas de un sistema contradictorio desconocido hasta entonces en la provincia: podrán ser dictadas por el juez de garantías pero sólo ante un pedido expreso y fundado de las partes. Se puso fin así a 85 años de trágicos padecimientos para los inculcados, que eran coercionados de oficio por los mismos jueces que, además, tenían la misión de velar por sus garantías.

El procedimiento intermedio, lamentablemente, siguió el mismo camino que casi todos los códigos surgidos de la reforma penal latinoamericana. El control de la acusación se mantuvo en su forma escrita y fue confiado al mismo juez de garantías que intervino en la investigación preparatoria y sólo cuando el inculcado o su defensor se hubieran opuesto a la misma pidiendo el sobreseimiento, excepciones o el cambio de calificación legal.

El juicio oral, público, continuo y contradictorio por ante un tribunal de juicio (con tres jueces profesionales) distinto al juez de la fase preparatoria es, junto al reconocimiento del fiscal como exclusivo investigador, el máximo logro de la reforma y la etapa más importante del proceso.

Se creó un tribunal de casación penal ante quien recurrir las sentencias de los tribunales de juicio, mediante un recurso que, por fin, abarca no sólo su materia tradicional sino también todos los motivos de la revisión, incluyendo nuevos hechos o elementos de prueba.

Se reformuló por completo la estructura del ministerio público fiscal y de la defensa, quienes salieron así del letargo en que estuvieron sumidos durante décadas.

IV. **Ámbito de actuación de la defensa técnica en el Código procesal penal de la Provincia de Buenos Aires**

IV. 1. La igualdad de armas en el nuevo diseño procesal

Con la sanción de la ley 11.922, la provincia de Buenos Aires ha comenzado a construir un nuevo sistema de justicia penal. Esta tarea lejos está de haber culminado con la sanción de este nuevo texto legal y su muy pronta puesta en vigencia; muy por el contrario, una reforma profunda como la que aquí se instrumenta requiere necesariamente una completa redefinición de los roles de acusar, defender y juzgar sobre los que se asienta el proceso penal, a fin de tornar plenamente

⁶ Cf. Dutil, Rodolfo y Ragendorffer, *La Bonaerense: historia de la maldita policía de la provincia de Buenos Aires*, Ed. Planeta, Buenos Aires, 1995. Allí se describen los crímenes más resonantes en las que se vio involucrada la policía bonaerense: la voladura de la mutual judía AMIA (86 muertos), el crimen político del fotógrafo José Luis Cabezas, la participación en el narcotráfico y el robo de automotores, la tortura y desaparición del obrero Núñez y el estudiante Bru, la extorsión a empresarios y comerciantes y los resonantes casos del llamado "gatillo fácil" donde perecieron numerosas personas.

operativo el proceso de transformación. El nuevo Código Procesal Penal ha dejado de lado un modelo inquisitivo de administración de justicia, creando un nuevo sistema de base acusatoria. Esta clara diferenciación entre la función jurisdiccional decisoria y la función requirente, al mismo tiempo que la mayor y más eficaz actividad persecutoria encomendada al ministerio público, imponen la necesidad de contar con una defensa pública acorde con las características del sistema, que asegure en las etapas del proceso la paridad contradictoria, o mejor dicho “la igualdad de posiciones en el proceso penal”. Y ello porque la defensa es correlato necesario de la acusación. Es la *antítesis* en la dialéctica procesal de los contrarios; y la potenciación del modelo acusatorio requiere la potenciación de las “partes” en el proceso como principales protagonistas.

Las nuevas concepciones del proceso penal buscan establecer un equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y el efectivo respeto por las garantías que lo sustentan. Por ello, es importante destacar que un principio rector de este nuevo sistema, corolario de la contradicción, es, justamente, la “igualdad de armas” entre la acusación y la resistencia a ella, que se traduce en la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y de defensa, idénticas posibilidades para proponer diligencias probatorias, para efectuar alegaciones e impugnaciones, no admitiéndose limitaciones a dicho principio fuera de los casos excepcionales establecidos durante el curso de la IPP (CPP, 273).

El abandono del procedimiento por registros significa una “revolución procesal” respecto de la ley vigente y de tal envergadura que, si es bien comprendido y mejor aplicado, modificará todas las rutinas de la administración de justicia penal; la idea del juicio público, como medio más eficaz de tornar plenamente operativos los principios de contradicción, de equilibrio y de igualdad de posiciones en el sistema de enjuiciamiento penal constituyen el núcleo más significativo del derecho de defensa.

IV. 2. El rol del defensor

La circunstancia de que la defensa técnica sea obligatoria en el procedimiento penal –salvo los limitados casos de autodefensa técnica autorizada– y que se presta aún contra la voluntad del imputado, trasluce la necesidad de presencia activa del defensor como un requisito de validez del procedimiento.

Lo anterior no quiere significar la tesis contraria a los lineamientos del derecho penal moderno, de que la defensa técnica está subordinada al interés superior de la justicia, ni que la defensa material que ejerce el imputado quede absorbida o reducida por la actividad de su defensor.

El defensor “defiende” la versión que más favorezca a su representado, de acuerdo a las normas éticas que rigen su accionar y considerando las indicaciones de su defendido, pero no es un colaborador del juez. Su deber es hacer valer el interés de una parte para que el juez pueda hacer valer la justicia.

En el modelo inquisitivo que se ha dejado atrás, la estructura del litigio se sustentaba en la actividad unilateral del juez, quedando el resto de los sujetos procesales, y entre ellos los defensores, como “auxiliares de la justicia”.

En un sistema acusatorio esta idea ha de ser descartada de plano, pues al sostenerse un cambio en la estructura del litigio basado en la controversia, en la discusión y en la igualdad entre las partes, los sujetos procesales pasan a ser protagonistas esenciales del proceso. El fiscal, como sujeto que tiene en sus manos la dirección de la investigación y el sostenimiento de la pretensión punitiva del estado, y el defensor que tiene a su cargo la defensa del imputado contra esa pretensión estatal.

A la par del imputado, que se encuentra legitimado para intervenir por sí en el proceso en virtud de la imputación que recae sobre su persona, está el defensor técnico que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio y el debido proceso legal de aquél. Si bien es común que entre ambos exista una comunidad de intereses, es importante señalar que se trata de sujetos procesales diferentes y que esa relación puede presentar distintos conflictos que encuentran solución en el propio sistema procesal. Pero la defensa técnica como instituto es irrenunciable y resulta imperiosa como interés público indisponible. La función insoslayable del defensor es la de ayudar a fundar técnicamente la postura que beneficie a su representado.

Entonces es claro que el defensor, frente a cualquier acto de defensa material practicado por el imputado, debe brindarle fundamentación técnica a menos que surja de modo más que evidente que el acto de defensa intentado sea contrario a la normativa a aplicar.

Por eso, la actividad del defensor encuentra su ámbito propio en la regla del artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en tanto establece “*la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento judicial*” y la consecuente del CPP, 1º: “Es inviolable la defensa de las personas y de los derechos en el procedimiento”. La inviolabilidad del derecho de defensa tiene un contenido garantizador recepcionado no sólo en las diversas normas adjetivas y de jerarquía constitucional, encontrando un ámbito de integración conforme una rica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La inviolabilidad del derecho de defensa supone:

El derecho a ser oído, lo que supone la presencia física del imputado en la audiencia, la intimación de una imputación y la posibilidad de manifestación libre en su declaración (facultad de abstenerse a declarar, voluntariedad y libertad en su declaración)

El control de la prueba de cargo que valorará el tribunal de sentencia y la posibilidad de realizar indicaciones probatorias

Existencia de correlación entre la acusación y la sentencia

Prohibición de la *reformatio in pejus*

Derecho a contar con defensa técnica eficiente

IV. 2. a. La actividad del defensor en el inicio de la imputación penal y el carácter de los actos de la investigación penal preparatoria

Una cuestión de importancia consiste en poder establecer desde cuándo existe una imputación penal pues, a partir de allí, podremos saber desde cuándo y en qué forma puede el imputado ejercer su derecho de defensa. El CPP, 60 despeja cualquier duda al decir que imputado es “toda persona que en cualquier acto o procedimiento se la indique o detenga como autor o participe de la comisión de un delito. Los derechos que el Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer cualquier persona que sea detenida o indicada, de cualquier forma como participe de un hecho delictuoso, desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra”. Entonces, imputado no sólo es la persona detenida o citada a prestar declaración, sino cualquier persona que pueda de algún modo ser considerada “sospechosa”.

Conforme lo antes mencionado, el defensor debe intervenir activamente en el proceso a partir de cualquier hecho u acto que importe una persecución penal contra su defendido. Esto implica que la defensa técnica ha de ser ejercida desde los primeros momentos de la investigación penal preparatoria a cargo del ministerio público fiscal.

No caben dudas acerca del momento en el que puede ser ejercida la defensa en los casos de detención por flagrancia. Sin embargo, frente a cualquier investigación, ya sea iniciada por iniciativa policial o por el ministerio fiscal, el defensor tiene amplias posibilidades de intervención.

Una de ellas es la presentación espontánea regulada en el CPP, 162, por la que “cualquier persona contra la que se hubiera iniciado o esté por iniciarse una actuación prevencional o un proceso, podrá presentarse ante la autoridad o el ministerio público fiscal competentes para declarar o para dejar constancia de que se ha presentado espontáneamente y solicitar ser convocado, si correspondiere por medio de una citación”. Esta norma, ubicada en el capítulo III correspondiente a la prisión preventiva tiene la importante finalidad de poder evitar la posibilidad de la adopción de medidas de coerción desde los inicios de una investigación. Véase por ejemplo que el CPP, 148, inc 4°, elabora la posibilidad de considerar la existencia de un peligro de fuga a partir de varias circunstancias, entre las que figura el comportamiento del imputado durante el procedimiento u otro trámite anterior en la medida en que indicara su voluntad de no someterse a la persecución penal. En conclusión, una temprana intervención de la defensa técnica puede evitar, en muchos casos, la adopción de medidas de coerción contra el imputado.

Durante la sustanciación de los actos de la Investigación Penal Preparatoria las partes pueden proponer diligencias (CPP, 273), formular preguntas, hacer las observaciones que se estimen pertinentes o pedir que se deje constancia de cualquier irregularidad (CPP, 279 *in fine*).

Para clarificar correctamente las posibilidades de la defensa de asistir e intervenir en estos actos de investigación resulta necesario distinguir entre aquellos que tienen un carácter definitivo e irreproducible (anticipos de prueba) y aquellas diligencias procesales comunes que lleva a cabo el fiscal como parte de su actividad investigativa. Con relación a los primeros, y teniendo en cuenta que constituyen anticipos probatorios, y como tal pueden ser valorados en la sentencia, deben ser rodeados de todas las garantías propias del debate. Además, ellos constituyen una excepción al carácter informal de los actos de investigación (CPP, 275) pues deberán ser protocolizados en actas, conforme las reglas establecidas en el CPP, arts. 117 y siguientes a fin de salvaguardar su fidelidad y autenticidad. El defensor y sus auxiliares técnicos tienen el derecho de asistir e intervenir con facultades críticas, al punto que el mismo código sanciona con nulidad la falta de notificación de la defensa previa a su realización. De la misma manera, y a fin de ejercer su defensa material en toda su extensión, al imputado le será garantizado por el ministerio público el control de los mismos (CPP, 276).

Estos actos, dada su importancia, han de ser solicitados por las partes y dispuestos por el juez de garantías (CPP, 274). Su negativa a realizarlos puede ser pasible de apelación ante la cámara de garantías respectiva (CPP, 439), en virtud del gravamen irreparable que puede ocasionar su denegación (desaparición del objeto a peritar, o alterabilidad de sus condiciones, grave enfermedad del testigo cuya declaración se ha solicitado, por ejemplo).

Es importante también destacar que la disposición que de los mismos realiza el juez de garantías no ha de ser interpretada como la simple autorización requerida para llevarlos a cabo, ya que –como se dijo– por significar un adelanto de prueba, deben a la vez adelantarse todas las condiciones y exigencias que se exige para que las mismas se lleven a cabo en la audiencia, por lo que lo ideal es que, en tanto el defensor lo estime, el juez deba estar presente para contar con un efectivo control de la actividad de las partes en un acto que es esencialmente jurisdiccional. En este sentido, el CPP, 23 inc. 3° dispone que el juez de garantías conocerá “*en los actos o procedimientos que tuvieran por finalidad la incorporación de pruebas y realización de diligencias que se consideren definitivas e irreproducible*”

En las restantes diligencias procesales, la defensa puede solicitarlas al fiscal, quien valorará con criterio objetivo la pertinencia y utilidad de su realización. La decisión que recaiga en este punto será fundada e inimpugnable (CPP, 273), aunque la petición puede luego reiterarse porque el criterio del MPF en relación a la pertinencia y la utilidad puede variar en el trámite de su investigación; de lo contrario, la defensa deberá esperar hasta la oportunidad de la preparación

del juicio para ofrecer prueba. Es importante destacar aquí que la misma ley procesal sanciona como falta grave el ocultamiento por parte de los representantes del ministerio público de toda aquella prueba favorable para la defensa (CPP, 338), entendiéndose también como un supuesto de ocultamiento la denegación arbitraria de diligencias que puedan claramente desarticular la imputación erigida por la fiscalía. Esta es una consecuencia del principio de objetividad que debe guiar la labor del ministerio público.

En la realización de estos actos por iniciativa fiscal no se exige la notificación previa a los defensores. Ello les impone a éstos el deber de estar siempre informados y atentos sobre los actos de investigación que han de llevarse a cabo a fin de poder intervenir en su producción.

Lo anterior no quiere significar que los defensores deben basar su caso solamente en la eventual oposición de la prueba de cargo del fiscal. La defensa debe construir su propia estrategia de investigación para la reunión de prueba de descargo.

Otra diferencia entre actos comunes y especiales reside en la posibilidad que tiene el MPF, en estos últimos, de excluir la presencia de los auxiliares técnicos en aquellos casos en los que pueda ponerse en peligro la consecución de los fines del proceso o su regular actuación (CPP, 278). Admitida su asistencia, se comunicará a los defensores, si fuere posible antes de practicar los actos. Debe resaltarse que esta norma limitativa de las posibilidades de asistencia no hace alusión alguna a los defensores, quienes tienen el derecho de intervenir en cualquier acto de investigación –en éstos atendiendo la dirección del fiscal–, con total independencia de su carácter. Una interpretación contraria vulneraría el principio rector establecido en el CPP, 3 en cuanto impone la interpretación restrictiva de toda disposición legal que restrinja los derechos de la persona o que limite el ejercicio de un derecho atribuido por el Código.

Otra cuestión importante, íntimamente vinculada con la anterior y que influye en la interpretación de todo el sistema, es la relativa a la publicidad de los actos de la investigación penal preparatoria (CPP, 280). No se debe confundir esta disposición con la publicidad propia del debate (CPP, 342), pues lo eminentemente público es el debate oral.

El carácter “público” de las actuaciones atañe exclusivamente a las partes y no puede entenderse como un derecho ciudadano a intervenir o conocer en los actos de la investigación penal, máxime si ni siquiera nos encontramos frente a un imputado sobre el cual pesa una acusación formal. En este sentido debe ser interpretado el CPP, 59 inc 2º, en cuanto menciona el carácter reservado de las actuaciones del fiscal. Esta reserva no podrá ser oponible a las partes, con la única excepción del secreto de las actuaciones.

El secreto de las actuaciones, como excepción al principio de la publicidad de los procedimientos, con los alcances ya reseñados, debe ser dispuesto por el juez de garantías, a petición del MPF, sólo por 48 horas, pudiendo ser prorrogable por 24 horas más. El mismo ha de ser dispuesto por auto fundado (CPP, 106 y 280), expresándose los motivos por los cuales la publicidad pudiera poner en peligro el éxito de la investigación. Por supuesto que el secreto de las actuaciones no alcanza a los actos que tengan el carácter de definitivos e irreproducibles.

En este orden conceptual, es evidente que no puede vedarse a la defensa el acceso al cuaderno fiscal, ni a las diligencias practicadas por el mismo, pues para que se pueda hablar de igualdad de armas entre los diferentes sujetos procesales es necesario que ambas tengan conocimiento de la imputación y de la investigación que se lleva a cabo, habilitante del requerimiento de juicio o del pedido de sobreseimiento.

Frente a cualquier acto o hecho respecto del cual pueda surgir una imputación, el defensor deberá tener siempre acceso al nombre del fiscal que esté a cargo de la investigación, como así también a su cuaderno respectivo.

IV. 2. b. El defensor y la declaración del imputado

Las normas que protegen la declaración del imputado hallan plena consagración en la normativa internacional. El código asegura la posibilidad de la entrevista entre el imputado y su defensor inmediatamente antes de comenzar su declaración (CPP, 152), entendiéndose que incluso puede hacerlo desde la prevención policial.

Se establece también que ningún interrogatorio del imputado podrá ser tomado en consideración cuando su defensor no haya podido asesorarle sobre si le conviene o no declarar, o advertirle sobre el significado inculpatario de sus manifestaciones (CPP, 308).

Esta norma adquiere relevancia, sobre todo si se tiene en cuenta que el CPP, 366 inc 2° establece la posibilidad de incorporar al debate la declaración del imputado prestada durante la investigación penal preparatoria en tanto se cumplan las normas establecidas para la declaración.

Antes de recibirle declaración al imputado, y luego de terminado el interrogatorio de identificación, deberá informarse detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, con indicación de las pruebas existentes en su contra (CPP, 312). Ahora, si partimos de la consideración que sólo a partir de dicho momento el defensor puede cumplir con su asesoramiento, pues conoce la imputación y las pruebas que la sostienen y, si no está presente el defensor en el acto de la declaración –más precisamente en el momento de la lectura de las pruebas que justifican la imputación– es muy difícil que el imputado pueda conocer sobre un eventual significado inculpatario de sus manifestaciones. Esta circunstancia deberá ser valorada por los jueces del debate.

IV. 2. c. El defensor en la etapa del juicio público

El juicio público es sin duda el eje central del sistema acusatorio. La base de su funcionamiento radica esencialmente en la presencia ininterrumpida de las partes en todos aquellos actos que lo integra, posibilitando así la confrontación del imputado con la prueba de cargo y la posibilidad de hacer valer la suya propia. El principio de intermediación impone la necesidad de que el fallo al que se arrije sólo puede fundarse en aquellos actos que han sido materia de discusión en el debate.

Es importante desterrar la idea de considerar a la etapa de investigación como una etapa de recolección probatoria, pues, salvo la excepción de los casos de anticipo probatorio, prueba es *solamente* aquella que se verifica en el debate. En la etapa de investigación sólo nos encontraremos con *medios de investigación y de descargo*.

Aquí es necesario efectuar una importante aclaración: la circunstancia de que estos elementos no puedan considerarse como pruebas en la etapa preparatoria, no obsta al control de la defensa con facultades críticas en su producción pues estas apreciaciones incorporadas informalmente por el fiscal en la IPP pueden ser, por ejemplo, el sustento de medidas de coerción contra el imputado. Sostener lo contrario desnaturalizaría el contenido propio del derecho de defensa, que si bien encuentra su mayor consagración en el juicio, debe extenderse a todos aquellos actos en los que pueden verse afectados derechos del imputado (posibilidad de afectación a su libertad ambulatoria, de su patrimonio, etcétera).

Concluida la investigación penal preparatoria con la formulación de la correspondiente requisitoria de citación a juicio (CPP, 334) y resueltas las excepciones, oposiciones y cambios en la calificación que se pudieren plantear (CPP, 336), el juez de garantías remitirá la causa al tribunal de juicio o juez correccional, según el caso.

Una vez recibido el expediente e integrado el tribunal, comenzarán los actos preliminares al juicio (CPP, 338). Las partes, en este período, podrán interponer las recusaciones que estimaren pertinentes. Incluso se establece la celebración de una audiencia en la que las partes discutirán

sobre las pruebas que utilizarán en el debate y sobre la posible duración del juicio. También la defensa podrá interponer las nulidades de orden general que importen violación de garantías constitucionales, excepciones no planteadas anteriormente o que hayan sido sobrevinientes, salidas abreviadas al proceso, instrucciones suplementarias, etcétera.

Si bien no se ha previsto recurso alguno contra una decisión denegatoria de las solicitudes que se puedan articular en esta fase, es importante destacar que el defensor ha de efectuar la protesta correspondiente a fin de salvaguardar la posibilidad de interponer los recursos extraordinarios y de casación. Es destacable que el Código no haya otorgado posibilidad alguna a los jueces de decidir sobre la prescindencia de pruebas que pudieran aparecer como manifiestamente superabundantes o superfluas, ya que sólo puede *sugerir*, quedando la decisión definitiva en poder de las partes. Sin embargo, la intervención del tribunal en la decisión de algunas de estas cuestiones preliminares puede llegar a comprometer su imparcialidad, que debe preservarse como *ultima ratio* del proceso acusatorio.

Al estructurarse un debate prácticamente sin resabios de las formas inquisitivas (a los jueces les está vedado interrogar), no existen los obstáculos que comúnmente otros ordenamientos procesales generan a la labor de las partes y, en particular, a la del defensor. Este debe poner especial atención en la preparación de una estrategia para el juicio con anterioridad a la prueba que habrá de ofrecer. Deberá asimismo preparar formas de interrogatorios, distinguiendo entre los testigos de cargo y de descargo. El CPP, 363 le brinda una muy importante herramienta a la defensa, pues posibilita la producción en el debate de nuevas pruebas u otras ya conocidas.

Los alegatos constituyen el punto culminante de la estrategia del defensor y tienen por misión la de convencer al juzgador sobre la exactitud de las proposiciones que se hacen valer en beneficio del cliente. Estas han de versar exclusivamente sobre las pruebas que han sido materia de discusión, y no en meras conjeturas u opiniones del defensor, carentes de sustento.

En referencia a las posibilidades recursivas es necesario que los defensores tengan un correcto manejo de las posibilidades recursivas durante el curso del debate. No debe obviarse la deducción de reposición frente a cualquier resolución no sustanciada que afecte a la defensa. La importancia de este recurso durante el juicio radica en que su interposición será entendida como protesta de recurrir en casación (CPP, 429) y, por ende, habilita las vías extraordinarias de impugnación.

Para la defensa pública, y a fin de facilitar la formulación de una estrategia única para el juicio articulada desde la propia investigación preparatoria, es dable resaltar la importancia de mantener el ejercicio de una defensa única. Ello evitaría por un lado un dispendio de tiempo en la lectura de los expedientes y en la preparación de la estrategia del caso, al mismo tiempo que reforzaría la relación de confianza entre el abogado de oficio y su cliente.

IV. 3. Cuestiones de relevancia en la tarea del defensor frente al nuevo proceso penal

IV. 3. a. El defensor y la libertad del imputado durante el proceso penal⁷

Las posibilidades de una mejor y más efectiva defensa de la libertad del imputado durante el proceso se han visto notablemente ampliadas en el nuevo Código. Las reglas generales consagradas en el CPP, 144 a 148 han bastado para superar las rigideces del sistema anterior y para neutralizar

⁷ Advertencia al lector: Como no podía ser de otra manera, cada vez que se inaugura un cambio de esta envergadura se produce al poco tiempo una contra-reforma que, sin alterar su estructura, lo distorsiona seriamente con elementos inquisitivos. La presa predilecta es, por lo general, el capítulo sobre los medios de coerción y Buenos Aires no fue la excepción. A principios del año 2000 se sancionó la ley 12.405 que supone, en los hechos, la desaparición de la presunción de inocencia merced a la introducción de amplias franjas de "delitos inexcusables" y con aumento de las facultades policiales. Esa ley tiene vigencia parcial en la provincia de Buenos Aires, ya que numerosos jueces la declararon inconstitucional, desatando una seria crisis política.

la histórica falta de adecuación constitucional de los medios de coerción. Dichas reglas generales gobiernan toda la coerción procesal y, por ello, tienen preeminencia absoluta sobre toda otra norma de sentido contrario y plantean la reformulación obligatoria del viejo instituto de la excarcelación que, insólitamente, ha sido mantenido en el Código a pesar de su innecesariedad.

La imposición y cese de los medios de coerción se regulan hoy desde los artículos 146 y 147 del CPP. El cambio sustancial que acarrearán ambas normas es muy importante:

- La imposición de medidas de coerción sólo procederá a pedido de parte y es *facultativa* para el juez (CPP, 146).
- El cese de la coerción puede ser decidido de oficio y *sin límite* alguno. No hay más delitos detenibles, ni inexcrcelables, ni incommunicables, ni prisiones preventivas obligatorias, a pesar de lo que muchos sostienen.
- Los supuestos previstos en la excarcelación (CPP, 169) deberán ser concebidos como la simple enunciación de casos en los cuales la prisión preventiva está prohibida.

Las reglas generales de los CPP, 144 a 148 parten de la afirmación de la libertad del imputado durante el proceso y, sólo por excepción, establecen los dos únicos casos en que el Estado podría encarcelar preventivamente para proteger sus fines (peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación).

Los medios de coerción en el nuevo CPP se han agrupado en un sistema estructurado en *tres partes* y relacionado entre sí por una *escala jerárquica* de normas, a saber:

1. Garantías fundamentales de rango constitucional (arts 1 a 3)
2. Reglas generales (arts. 144 a 148)
3. Supuestos particulares (arts 149 a 200)

252

1. Garantías constitucionales

La mayoría de los códigos procesales argentinos inician su articulado con la enunciación de las garantías constitucionales de seguridad individual en tanto el derecho procesal penal no es más que derecho constitucional reglamentado. Así entonces, el CPP, 3 impone que cualquier medida que restrinja los derechos de la persona o coarte su libertad personal deberá ser interpretada restrictivamente (*principio favor libertatis*). Esto quiere decir que toda duda acerca de la aplicación de las medidas de coerción deberá ser interpretada de manera que alcance la menor cantidad de casos posibles, con lo cual quedan prohibidas la interpretación extensiva y la aplicación analógica.

El CPP, 1° consagra todas las garantías constitucionales que conforman el principio de legalidad (juez natural, juicio previo, principio de inocencia, *ne bis in idem*, la inviolabilidad de la defensa y el favor rei) y que, por ello, prohíben concebir al encarcelamiento preventivo como anticipo de pena. Así queda solucionado un hipotético conflicto de normas entre, por ejemplo, el CPP, 147 (que permite al juez hacer cesar la medida de coerción en cualquier caso y sin importar el delito) y alguna arcaica interpretación jurisprudencial del CPP, 169 que pretenda seguir sosteniendo la existencia de delitos inexcrcelables. Siempre prevalecerá el CPP, 147, sea porque es una regla general de superior jerarquía, sea por interpretación restrictiva, sea porque en caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea más favorable al imputado.

2. Las reglas generales

En segundo lugar, tras la enunciación de las garantías constitucionales, se ubican las normas que regulan todo el sistema de los medios de coerción (CPP, 144 a 148) que han permitido constitucionalizar notablemente su imposición.

El artículo 144 del CPP

La regla general es la libertad del imputado durante el proceso; el encierro preventivo es siempre la excepción⁸. El CPP, 146 y 147 son las herramientas –de las que carecía el sistema de Jofré (salvo la excarcelación extraordinaria)– que posibilitarán que este principio no se quede en la mera declamación. Las únicas dos causas que pueden justificar la afectación a su libertad personal durante el curso del proceso son:

- el entorpecimiento u obstaculización de la investigación (la averiguación de la verdad y el desarrollo del procedimiento).
- el peligro de fuga (la aplicación de la ley).

Si tales peligros pudieran ser conjurados mediante otros medios menos cruentos, el juez no podrá imponerlos y podrá optar por tales alternativas (CPP, 159). Además, podrá morigerar el rigor de las medidas de coerción implementadas (CPP, 163). Desaparecidos dichos peligros procesales, deben cesar en el acto las medidas de coerción, ya que no habría razón constitucionalmente legítima para justificar su prolongación (CPP, 147).

En síntesis, fuera de estas dos causales, no se admitirá detener o no liberar a una persona para impedir que cometa nuevos delitos (reiteración delictiva), por sus antecedentes (peligrosidad) o por cualquier otra causa fuera de ellas. La razón para tal afirmación es, valga reiterarse, que ninguna representa peligros para los fines del proceso penal y sí son anticipos indebidos de pena.

El artículo 146 del CPP:

Art. 146. “El órgano judicial *podrá* ordenar a pedido de las partes medidas de coerción personal o real cuando se den las siguientes condiciones:

1. Apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar.
2. Verificación de peligro cierto de frustración de los fines del proceso, si no se adopta la medida.
3. Proporcionalidad entre la medida y el objeto de tutela.
4. Exigencia de contracautela en los casos de medidas solicitadas por el particular damnificado o el actor civil”.

Ya no puede hablarse de “delitos detenibles”. Al decir el artículo que el juez “*podrá ordenar medidas de coerción*”, la detención y la prisión preventiva, por ejemplo, han dejado de ser obligatorias y automáticas para un gran número de delitos como lo era en el sistema anterior.

Quiere esto decir que, por ejemplo, si el juez considera que la libertad del procesado no pondrá en peligro ninguno de los fines procesales enunciados en el CPP, 144, le tomará declaración en libertad, *sea cual sea el delito*. A su vez, se deduce claramente de la norma que el juez no podrá imponer de oficio medidas de coerción. Ha perdido toda virtualidad la concepción sustantivista de la prisión preventiva (como anticipo de pena), obligatoria para aquellos delitos peor llamados “no excarcelables”. El CPP, 146 inc 2° es de una importancia extraordinaria. En primer lugar, reafirma que el único fin legítimo de los medios de coerción es la frustración de peligros procesales. Y, en segundo lugar, establece que su imposición sólo podrá efectuarse cuando dicho peligro haya sido verificado de manera cierta (*peligro cierto de frustración de los fines del proceso*). No bastará con que el juez o el tribunal presuman el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio. Es necesario que acrediten su existencia en forma cierta y fundada pues los peligros procesales no se presumen.

⁸ Como ya se ha dicho, la ley 12.405 del año 2000 introdujo tantas excepciones que el principio de libertad está gravemente afectado.

Prácticas judiciales inconstitucionales que distorsionaron el sistema:

Se derrumba así otra vieja y arraigada práctica judicial que consistía en denegar excarcelaciones, aun procedentes, mediante el sencillo expediente de decir que por la naturaleza del hecho, si bien se admitiría la excarcelación o una pena en suspenso, de recaer condena esta sería de cumplimiento efectivo. Este argumento viola sin dudas el CPP, 146 inc 2º: semejante pronóstico de una condena futura –por ende, inexistente– es ajeno por completo al derecho procesal penal y a la ley fundamental, en tanto concibe a la prisión preventiva como el adelantamiento de una pena que nadie sabe si finalmente habrá de imponerse. Cierta jurisprudencia sostenía que las causales antes enunciadas en el art 1º de la vieja ley de excarcelación (ahora CPP, 169) no eran inconstitucionales. Que si llevaron al legislador a impedir la excarcelación fue porque debían ser consideradas como presunciones indicativas del peligro procesal de fuga ante la magnitud de la pena en expectativa. Esta interpretación es hoy inadmisibles por varias razones.

En primer lugar, porque el CPP, 147 ha eliminado toda posibilidad de interpretar en sentido negativo los diez incisos del CPP, 169, ya que, como se ha dicho, podrá ser excarcelada toda persona sin límite alguno más que la protección del proceso ante los peligros que lo puedan afectar.

En segundo lugar, porque intenta encontrar en el CPP, 169 un significado que éste no tiene ni ha establecido en forma expresa. Nada dice que los casos que no encuadren en él deberán ser considerados como indicativos de tal peligro.

En tercer lugar, porque dicho proceder es violatorio del CPP, 3º (interpretación extensiva e inconstitucional de una medida de coerción de la libertad personal).

En cuarto lugar, porque el peligro de fuga no se presume. El Estado debe verificarlo en forma cierta y en cada caso concreto. Presumir de antemano que el imputado siempre se fugará porque la pena es muy alta es un automaticismo empíricamente improbable e inconstitucional.

Y, por último, porque al tomar a la futura pena como base para los complicados cálculos que impone el artículo, no hay duda alguna que dicha interpretación buscaba que el imputado agotara durante el proceso la pena que podría corresponderle. Esto no era peligro de fuga por magnitud de la pena esperada; eso era, sin dudas, anticipo indebido de pena materializada.

¿Cómo podría justificarse semejante interpretación *contra magna legem* si, finalmente, el imputado era absuelto?

El CPP, 146 inc 3º es la consagración procesal del principio de proporcionalidad, que prohíbe la detención o prisión preventiva para delitos leves no reprimidos con pena privativa de libertad y que hace cesar el encierro preventivo cuando su duración equivalga o supere a la eventual condena aplicable. De allí que resulte ilegal la detención por delitos reprimidos con multa e inhabilitación y la prolongación del encierro preventivo por más tiempo que el que prevé la propia pena del delito que se imputa.

El artículo 147 del CPP:

Es, sin dudas, el artículo trascendental de la reforma en la materia. Como ya se ha dicho, gobierna todo el sistema del cese de medios de coerción, es derogatorio de toda otra norma de sentido contrario y ha replanteado obligatoriamente la concepción que hasta hoy se tenía del instituto de la excarcelación y eximición de prisión (CPP, 169 y ss).

Art. 147. Cese de la medida. "En caso de advertirse la desaparición de una o más condiciones, el órgano judicial podrá disponer a pedido de parte o de oficio, el cese inmediato de la cautela oportunamente dispuesta." Con lo cual han quedado definitivamente sepultadas disquisiciones tales como si el delito era o no excarcelable. No hay ya límite alguno para hacer cesar el encarcelamiento preventivo, más que el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación. La prisión preventiva, como instituto asegurador de los fines del proceso, ha logrado así soltar las

amarras que la fijaban y la confundían con la ley de excarcelación. Si el juez de garantías considera que la libertad del imputado no pondrá en peligro la investigación ni la realización del juicio, hará cesar su encierro preventivo y toda otra medida de coerción, se trate del delito que se trate y a pesar de lo establecido en el capítulo de la excarcelación, cuyas disposiciones están por completo subordinadas a lo dispuesto por las reglas generales del CPP, 144 y 147.

En síntesis, el CPP, 147, al permitir el cese irrestricto de la prisión preventiva si desaparece el *periculum in mora*, ha puesto en manos del juez la herramienta para operativizar la tan anhelada garantía constitucional de esperar el resultado del juicio en libertad, como corresponde a la situación jurídica de inocente que reviste el imputado.

El artículo 148 del CPP

Establece una serie de parámetros de naturaleza objetiva que le *pueden* indicar al juez cuándo puede haber peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación.

“Art 148. Finalidad. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que existe peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, a partir de las siguientes circunstancias:

1. Magnitud de la pena en expectativa.
2. Importancia del daño a resarcir y la actitud que el imputado adoptara voluntariamente frente a él.
3. Ausencia de residencia fija.
4. Comportamiento del imputado durante el procedimiento u otro trámite anterior, en la medida en que indicara su voluntad de no someterse a la persecución penal”.

Como ha de notarse, el texto de la ley 11.922 ha mantenido intocada la distorsión constitucional que caracterizó al sistema anterior. Ya hemos argumentado que los peligros procesales no se presumen, sino que deben ser verificados en forma cierta en cada caso concreto. Igualmente, la enumeración que hace el CPP, 148 no es taxativa *ni determina obligatoriamente* la restricción de la libertad. La norma no impone, sólo sugiere una guía de pautas. Que el delito que se atribuye esté reprimido con una pena grave de prisión o reclusión no permite inferir, a priori y automáticamente, que *todos los imputados se fugarán* (CPP, 148, inc 1º). Este pronóstico, además de empíricamente improbable, es inconstitucional y va contra todas las experiencias de los sistemas acusatorios modernos, donde la mayoría de los imputados esperan el resultado de su juicio en libertad. Sí deberá probarse y fundarse racionalmente, de acuerdo a las circunstancias objetivas y subjetivas de cada caso concreto, que el imputado, *con su comportamiento*, habrá de fugarse u obstaculizará la investigación.

A pesar que esta serie de pautas contenidas en el CPP, 148 sean meramente enunciativas, se puede, no obstante, extraer importantes conclusiones *a contrario sensu*. No podrá considerarse la existencia de peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación y, por lo tanto no podrán imponerse detención, prisión preventiva u otras medidas de coerción, en los siguientes casos:

- delitos reprimidos con penas leves o no privativas de libertad. (CPP, 148, inc 1º).
- a todos aquellos delitos, aun con penas graves, en que la afectación al bien jurídico o el daño efectivamente causado haya sido de poca importancia y el imputado haya tenido una actitud positiva hacia su reparación. (CPP, 148, inc 2º).
- cuando el imputado tenga residencia fija (CPP, 148 inc 3º).
- cuando el imputado no haya evidenciado acto alguno que exteriorice su voluntad de eludir el proceso y la ley (CPP, 148 inc 4º).

Casos particulares

La detención

La detención sólo *podrá* ser ordenada por el juez a pedido del fiscal. La policía ha perdido este poder, ya que sus facultades se reducen a la aprehensión (CPP, 153 y 294 inc 8º). Del juego del CPP, 150 (citación) y 151 párrafo 3º (detención) se deduce que no procederá la aprehensión, ni la detención, ni la prisión preventiva en estos supuestos:

- contra delitos reprimidos con multa e inhabilitación.
- contra delitos reprimidos con una pena promedio inferior a tres años de prisión o reclusión (consecuencia: el hurto ha dejado de ser detenible).
- respecto de aquellas personas a las que el Código Penal excluye del sistema carcelario (CPP, 165), quienes deberán permanecer en sus domicilios.
- contra aquellos delitos en los que probablemente recaerá condena en suspenso (CPP, 150).

La incomunicación:

Según el CPP, 60 y 152, jamás alcanzará a su abogado defensor, a quien nadie podrá impedirle comunicarse libremente con su defendido. La incomunicación sólo podrá establecerse *fundadamente* en caso que se verifique con certeza que el imputado entorpecerá el procedimiento.

La prisión preventiva:

La prisión preventiva obligatoria ha desaparecido merced al desplazamiento definitivo de los afortunadamente extintos “delitos inexcusables”, aunque, en los hechos, muchas personas son encerradas preventivamente de inmediato y hasta el fin del proceso. Sólo procederá para neutralizar los peligros que afecten la realización del proceso (CPP, 159). No podrá exceder de dos años con una prórroga excepcional de uno más (CPP, 169). Vencido este plazo de dos años, la libertad es automática y el juez deberá excarcelar. El juez podrá considerar todas las alternativas menos gravosas (CPP, 159) y, aunque decida aplicarla, deberá morigerarla en forma imperativa (CPP, 163). Su cumplimiento deberá efectuarse en establecimientos distintos de los penados (CPP, 165). Esto habilita a los defensores, jueces y fiscales, en caso de que el Estado no asegure el cumplimiento de esta condición, a hacer cumplir la medida en su domicilio o a considerar todas las alternativas contempladas en el Código.

Excarcelación y eximción de prisión

El CPP 144 y 147 han obligado a revisar las tradicionales concepciones sobre el tema. Consagrada la libertad del imputado durante el proceso como la regla general, el CPP, 169, 170 y 171 debieron ser armonizados con la sistemática de las reglas generales (CPP, 144 a 148) y con los principios constitucionales establecidos en el código (CPP, 1 y 3). Sintéticamente, puede decirse que la inclusión del CPP, 144 y 147 impiden la interpretación en sentido contrario de las causales de excarcelación, utilizadas con frecuencia para mantener el encierro del imputado durante el proceso.

Ejemplo: el art 169 inc 1º del C.P.P. faculta al juez a excarcelar al imputado cuando la pena máxima del delito previsto en el hecho no supere los seis años de prisión. Si el hecho estuviere reprimido con una pena mayor, dicha norma no podrá ser leída en sentido contrario para impedir la excarcelación, ya que sobre ella rigen otros principios superiores (CPP, 1, 3, 144 y 147) que sólo justifican la coerción en la existencia de peligros procesales y no en montos de penas, naturaleza de delitos, modos de comisión, antecedentes, peligrosidad, alarma social, etc.

Así, el CPP, 169 deberá ser interpretado de ahora en más como enunciación de aquellos casos en los que está completamente vedada la prisión preventiva (*prisión preventiva prohibida*). Fuera

de esos supuestos, rige la amplia regla *–in favor libertatis–* del CPP, 147. En cambio, el CPP, 171 expresa las dos únicas causales en los cuales estaría autorizado el encarcelamiento preventivo, a saber el peligro de fuga y el entorpecimiento probatorio (*prisión preventiva permitida*), más allá del texto arbitrario y destructivo del estado de derecho con que fue modificado por la ley 12.405.

Recursos

1) Contra las decisiones que impongan medidas de coerción *en cualquier estado del proceso* (inclusive durante el juicio), procederá el recurso de apelación ante la cámara de garantías (CPP, 164 y 349).

2) Cuando ellas se funden en otro fin que no sea el peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación (ej: la peligrosidad, reiteración delictiva, repercusión del hecho o cualquiera de las causales obstativas del CPP, 169) o las mantengan pasado el plazo de 2 años (si es que no hay prórroga), deberá hacerse la reserva del caso federal (arts. 14 y 15 de la ley 48) y, contra la decisión desfavorable de la cámara de garantías, podrá interponerse el recurso extraordinario de casación y/o el de inconstitucionalidad ante la Corte provincial y, luego, ante la Corte nacional.

El argumento es doble: gravedad institucional por violación de los Pactos de Derecho Internacional (CN, 75, inc 22^º) y utilización de una ley inferior de derecho local como instrumento de realización anticipada del derecho penal, sea adelantando pena o medidas de seguridad, sea extendiendo los plazos del encarcelamiento preventivo de manera irrazonable. Esta concepción vulnera la presunción de inocencia y el derecho constitucional a la libertad durante el proceso (arts 14 y 18 de la Constitución Nacional).

IV. 3. b. Las nulidades

El régimen de nulidades sigue siendo un instrumento esencial en manos de la defensa técnica y por ello de interés en el presente cuaderno. El proceso penal tiene por objeto la averiguación de la verdad material. A su vez, el Estado es el único órgano autorizado para llevar a cabo el proceso, lo que implica el enorme poder de aplicar sanciones, entre ellas, la de imponer penas privativas de la libertad.

Por esto es que ese poder reconoce límites que tienen su origen en el orden constitucional o en las formas preceptuadas para que el Estado actúe o las personas indicadas por la legislación para llevar a cabo dichos actos. De ello resulta el límite al poder estatal.

Los actos ejecutados en contradicción de garantías constitucionales o de formas esenciales del proceso o por personas no autorizadas para ello dan lugar a las nulidades absolutas. Las pruebas así derivadas son por lo tanto ineficaces, lo que en doctrina da en llamarse “prohibiciones probatorias”. Las dos tienen como consecuencia la nulidad absoluta. Siempre que los actos viciados conculquen el derecho de defensa, son nulos de nulidad absoluta, sean vicios de forma o de fondo. Esta restricción impuesta a la actividad jurisdiccional carecería de sentido si la prueba desfavorable al imputado se pudiera admitir en el proceso. El tema, largamente estudiado por la doctrina extranjera, y conocido como *exclusionary rule* en el derecho anglosajón y como prohibición de valoración probatoria en el derecho continental europeo, ha sido receptado por alguna línea jurisprudencial entre nosotros. Desde “Charles Hermanos” (Fallos 46-36, 1891) pasando por “Monticelli de Prozillo” (Sala I, CCC, Capital Federal, publicado en Doctrina Penal, Depalma, Buenos Aires, 1984) hasta “Fiorentino, Diego” (CSJN, publicado en La Ley, 1985-A, 160) poco se ha avanzado.

Consecuencia de la exclusión probatoria es la doctrina del fruto del árbol venenoso que fulmina el efecto probatorio de todas aquellas pruebas derivadas que, si bien no son obtenidas

directamente por un medio prohibido, resultan inmediatamente vinculados por él. El método que debiera aplicarse para valorar la extensión de la prueba que debe tenerse por inválida es el de la supresión mental hipotética: *se suprime el acto viciado y se verifica hipotéticamente si, en él, racionalmente se hubiera arribado al acto regular y, por tanto, al conocimiento definitivamente adquirido de modo inmediato*⁹.

El estado actual de la jurisprudencia no es muy alentador, teniendo en cuenta la doctrina del fallo "Fiscal c/Fernández, Víctor Hugo s/ infracción al a Ley 20.771" (Rsta. CSJN el 11/12/90) que acepta generosas excepciones a la regla inclinándose por la "determinación de la verdad en juicio" y limitando aun más la invalidez de las consecuencias del acto irregular. Con ello, no sólo se restringe la ineficacia de la valoración probatoria aplicando la teoría de la supresión hipotética sino que, también, en el caso en que como fruto del accionar irregular se incorpore al proceso una prueba cargosa esencial, la Corte ha hecho lugar a su validez probatoria. Las formas judiciales no son en estos casos categorías formales sino que sirven a la protección de la dignidad humana y se comportan como una categoría material supraordenándose a la meta de averiguar la verdad objetiva. Mayor debe ser, entonces el esfuerzo de los defensores para la reafirmación de la buena doctrina. No debe perderse de vista que las nulidades provenientes de lo que da en llamarse exclusión probatoria son siempre absolutas y pueden oponerse en cualquier estado del proceso y, por ello, en ninguna instancia quedan convalidadas por actos posteriores.

El nuevo código describe la nulidad en su artículo 201 como la *inobservancia de aquellas disposiciones bajo sanción de nulidad*. El sistema de nulidades debe interpretarse de acuerdo con la extensión prevista en el CPP, 207 que incluye los actos nulos y las consecuencias derivadas del mismo. Tienen que tomarse en cuenta como parámetro de interpretación las reglas estipuladas en el CPP, 1º *in fine* en cuanto a que la inobservancia de una regla de garantía establecida en beneficio del imputado no se puede hacer valer en su perjuicio y el CPP, 3º en cuanto a que cualquier disposición legal que restrinja los derechos del imputado debe ser interpretada restrictivamente e "in favor rei".

No se agotan las sanciones de nulidad con las estipuladas en cada uno de los artículos, puesto que no existen disposiciones *números clausus*. El código a su vez trata separadamente las nulidades por vicios esenciales en la forma o en el nombramiento, capacidad o designación de las partes del proceso (CPP, 201 a 208) y las exclusiones probatorias (CPP, 211), esta última dentro del título de medios probatorios.

Veremos primeramente lo tratado en el capítulo de las nulidades. El CPP, 202 inc 1º (nombramiento, capacidad y constitución del Juez y Tribunal) tiene su relación con lo dispuesto por el CPP, 28 (que fulmina con nulidad lo actuado por autoridad incompetente en razón de la materia), el CPP, 52 (referido a los actos del Juez recusado que hiciera lugar al pedido y previa solicitud del recusante) y el CPP, 55 (que trata de los actos posteriores a la excusación o a la recusación aceptada).

El CPP, 202 inc 2º invalida todos aquellos actos que se lleven a cabo sin la presencia del fiscal cuando ésta es requerida u obligatoria. Por ejemplo, sería nula la declaración del imputado sin la presencia del fiscal tomada en el ámbito de la fiscalía por uno de sus auxiliares, ya que esto no es delegable como así cualquier otra prueba, con excepción de la pericial.

El CPP, 202 inc 3º trata de la invalidez de aquellos actos en los que se requiere la intervención, asistencia y representación del imputado por parte de la defensa técnica.

Si bien el CPP, 308, al utilizar la voz "*podrá*", no fulmina con nulidad la declaración del imputado en aquellos casos en los cuales el defensor técnico no se encontrare presente, sí es nula toda

declaración en la cual no se le hayan hecho conocer sus derechos al imputado y no se haya facilitado la entrevista previa con el defensor. Por lo tanto, en todos aquellos actos en los que deba comparecer el imputado es obligatoria, bajo sanción de nulidad, la notificación al defensor.

Si éste, aun estando notificado, no compareciere y pese a que su declaración así tomada pueda ser incorporada por lectura de acuerdo al artículo 366, la misma deberá ser considerada *tomando en cuenta las circunstancias en las que se ha prestado*. Lo cierto es que *siempre* debe facilitarse la entrevista previa o el contacto con el defensor previsto en CPP, 60 y 152 mediante la notificación del mismo, bajo sanción de nulidad.

El CPP, 310 trata las condiciones en las cuales el imputado debe declarar; conocidos que fueran sus derechos, sin que preste juramento de decir verdad y exhibidos que le fueran los elementos existentes en su contra y la posibilidad de negarse a declarar y a guardar silencio sin que ello pueda ser valorado en su contra, se le invitará a manifestar todo aquello que crea conveniente.

La declaración queda invalidada si para obtenerla se utilizaren medios de coacción y amenazas. No podrá emplearse medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad. No se le podrán hacer cargos o reconveniciones. El deponente podrá manifestar cuando crea conveniente para su descargo, no pudiendo ser interrogado en forma capciosa. La defensa podrá sugerirle que no declare, podrá interrogarlo como crea conveniente a su favor y podrá solicitar todas las medidas que estime en descargo de su cliente.

De más está decir que las declaraciones del imputado frente al personal policial o la que el mismo personal refiera que el imputado efectuó al momento de la detención o en cualquier otro momento, son absolutamente ineficaces.

Es importante destacar aquí, especialmente frente a nuevos institutos como los del juicio abreviado o a nuevas doctrinas como las del "arrepentido", que importará la *nulidad* de la confesión arrancada a los imputados que hayan adoptado tal decisión influidos por fiscales o defensores bajo promesa de un tratamiento más benigno, tanto de la pena (si confiesa se le impondrá la pena mínima o "si confiesa y se arrepiente dando información útil tendrá una mejor situación procesal"). Estos hechos deben interpretarse como confesiones coactas y siempre serán nulas. También bajo sanción de nulidad debe ser notificado el defensor de los siguientes actos : declaración del imputado (CPP, 308), del careo (CPP, 265), del reconocimiento en ruedas de personas (CPP, 259), designación del perito y resultado de la pericia (CPP, 274) y la producción de la prueba irrepetible (CPP, 247).

El CPP, 202 inciso 4º trata de la intervención asistencia y representación de las partes civiles, doctrina de los artículos 66, 383 y 425. Son causas de nulidades absolutas aquellos actos esenciales del proceso en los cuales no se hayan observado las formas prescriptas por el Código. Expresamente tratados son los siguientes :

- Lectura de la declaración (CPP, 315)
- Inobservancia de los requisitos de la requisitoria fiscal (CPP, 335)
- Oralidad y publicidad en el debate (CPP, 342)
- Utilización del idioma nacional argentino (CPP, 99)
- Explicación de los nuevos hechos durante el debate (CPP, 359)
- Nulidad de todo lo actuado por ocultamiento de la prueba por parte del fiscal (CPP, 338)
- Explicación de los nuevos hechos durante el debate informándole al imputado los derechos constitucionales que le asisten (CPP, 359)
- Concesión de la palabra al imputado antes de cerrar el debate (CPP, 368)
- Asistencia de las partes a los actos que se practiquen fuera de la sala del debate, como inspección judicial, reconocimientos, careos.
- Contenido formal del acta de debate (CPP, 369)

- Formalidades esenciales de la sentencia (CPP, 449 inc 5º)
- Motivación de las sentencias y firmas (CPP, 106 y 107)

Las exclusiones probatorias

Tratadas en capítulo aparte dentro de los medios de prueba, donde se reafirma la libertad probatoria y su valoración por el sistema de libres convicciones, el artículo 211 reza: “carecerá de toda eficacia probatoria la actividad probatoria y la prueba obtenida, con afectación de las garantías constitucionales”. Sin ser excluyente de otros casos, todos los actos de injerencia que a continuación se señalan requieren, para su producción, de orden emanada del juez de garantías fundada y motivada. Los actos de registro (219), el allanamiento (220), la requisita personal (225), el secuestro (226), la intervención telefónica (229), la interceptación de la correspondencia (228).

Es fundamental la exigencia de que la orden sea fundada, excluyendo o invalidando de esta manera actos harto comunes en nuestro medio, como las ordenes de allanamiento motivadas en “sospechas fundadas”, informantes anónimos del personal policial, ingresos a domicilio de personas que “no opusieron reparos”, interceptación de vehículos y requisas personales por el simple “olfato” del personal policial. También está expresamente contemplada la declaración y denuncia de los parientes en primer grado en el CPP, 234 y 284. La declaración de parientes colaterales o políticos cuando no se los haya anoticiado de la posibilidad de abstenerse a declarar (CPP, 235) y el impedimento de declarar a todos aquellos que puedan ampararse en el secreto profesional (CPP, 236).

Queda también prohibida la orden de presentación de pruebas dirigida contra personas que puedan o deban abstenerse a declarar como testigos (CPP, 227). Las cartas dirigidas a los defensores no pueden ser secuestradas (CPP, 230) y en caso de secuestro de correspondencia por parte del personal policial éste no puede abrirla, debiendo hacerlo la autoridad judicial (CPP, 295).

Las nulidades relativas

Son aquellas que no invalidan totalmente el acto y por lo tanto pueden ser subsanadas. Están tratadas en el CPP, 205 que especifica en qué oportunidades, antes de quedar convalidadas, pueden interponerse.

Queda claro que ello es así puesto que las nulidades absolutas se pueden interponer en cualquier etapa del proceso. Se encuentra dentro de la presente categoría lo preceptuado respecto de las notificaciones (CPP, 132 y 131) y las prescripciones respecto de las actas del CPP, 110, 117, 118 y 119. Es defecto subsanable, y por lo tanto de nulidad relativa, todo aquél que no sea esencial al acto procesal. Por ello, al no ser interpuesto en la etapa pertinente, quedará convalidado.

Así, las nulidades correspondientes a la instrucción penal preparatoria deben ser interpuestas al momento de conocerlas o en la oportunidad de elevación a juicio (CPP, 334). El trámite que corresponde es el de reposición, la parte que lo alegue deberá interponerlo dentro de los tres días desde su conocimiento al juez de garantías, quien lo resolverá dando previa vista a las partes. Las producidas en la etapa intermedia deberán interponerse durante la misma o como cuestión preliminar en la oportunidad del CPP, 356; las producidas durante el debate deben ser opuestas al momento en que ocurrieran o inmediatamente después y aquellas producidas durante la tramitación de los recursos, en el memorial o en la audiencia respectiva. Los errores materiales o de derecho en la fundamentación de la sentencia o auto recurrido que no hayan influido en la resolución no la anularán, pero deberán ser corregidos (CPP, 462) lo mismo que los errores en la designación o cómputo de las penas.

Procedimiento

En la instrucción penal preparatoria la defensa puede oponer la nulidad que estime pertinente. El juez debe resolver y su resolución es inimpugnable. Podrá reiterarse en la oportunidad de la preparación del juicio en donde, en caso de ser denegada, la parte afectada podrá formular protesta dentro de los tres días de la denegación. La protesta equivale a la reserva de interposición de los recursos de casación y extraordinario.

El CPP, 449 estipula que para ocurrir en casación por nulidades absolutas (vulneración de garantías constitucionales) no se requiere protesta previa. Cuando se ocurra en casación por la nulidad derivada de la no observación de las formas esenciales del proceso se podrá requerir la apertura a prueba del recurso y así demostrar los vicios procedimentales (CPP, 457). El juicio podrá ser declarado nulo total o parcialmente y devuelto a la instancia pertinente. También podrá el tribunal superior separar al inferior del subsiguiente tratamiento de la causa (CPP, 208). Esta previsto el recurso extraordinario de nulidad en todos los casos contemplados en los artículos 161 inc. 3ro. letra b) de la Constitución Provincial que remite al artículo 168 y 171 del mismo cuerpo legal, tratándose de nulidad en cuanto a la forma, plazo y fundamento estipulado por la ley para las sentencias.

IV. 4. El sobreseimiento

Es importante destacar que el sobreseimiento puede ser solicitado por el defensor o su imputado en cualquier estado del proceso, es decir que, desde los primeros momentos de la IPP y aun cuando el imputado no haya sido citado a prestar declaración, el órgano jurisdiccional debe resolver la petición articulada por las partes. Ello se condice con el concepto amplio de imputación que recepta nuestro código, por el que imputado no sólo es la persona citada a prestar declaración o que ha prestado la misma sino, en general, toda persona que de cualquier forma ha sido sindicada como autor o partícipe de un hecho delictuoso; por ende, imputado es también la persona investigada o solicitada de una u otra manera por la actividad del investigador.

261

IV. 5. Juicio abreviado

Un nuevo instituto que ha incorporado el CPP es el juicio abreviado. Haremos aquí un breve comentario sobre su regulación y nos referiremos en particular, a los inconvenientes que pueden encontrar los defensores en su aplicación, habida cuenta de la ajenez de sus normas con la naturaleza propia del proceso acusatorio instaurado.

El juicio abreviado es una herramienta con la que cuenta el imputado y su defensor para poder arribar a una salida conciliada con el fiscal, obviándose la realización de un debate público y conformándose aquél con la calificación legal y la solicitud de pena efectuada por el ministerio público fiscal en la requisitoria de elevación a juicio. Se exige, para la procedencia de la salida abreviada, que la estimación de pena que el fiscal efectúe no sea superior a los 8 años.

Para que la solicitud sea admisible, se requiere también el acuerdo conjunto del fiscal, el imputado y su defensor. Estos últimos prestan un triple consentimiento que comprende:

1. Que optan por el trámite del juicio abreviado.
2. Que se conforman con la calificación legal establecida en el requerimiento de elevación a juicio.
3. Que se conforman con la pena solicitada por el agente fiscal.

Demás está decir que el consentimiento ha de ser expreso y no puede en ningún momento presumirse por la conducta o cualquier manifestación del imputado. Asimismo, para la procedencia

del juicio abreviado *no se exige el reconocimiento del hecho ni su confesión*. Así lo establece el CPP, 398 al decir que ninguna de las conformidades prestadas o admisiones efectuadas por aquél podrán ser tomadas en su contra como reconocimiento de culpabilidad.

Son tres las oportunidades procesales en las que la defensa puede solicitar el juicio abreviado.

1. *En oportunidad de efectuarse la requisitoria de elevación a juicio (CPP, 395).*

En este caso se parte de la base de un acuerdo, *previo a la requisitoria de elevación a juicio*, entre el fiscal, el defensor y el imputado. Al formular la misma deberá expresar el pedido de pena.

2. *En la oportunidad de notificarse las conclusiones de la requisitoria de elevación a juicio (CPP, 336).*

En este caso en particular, el juez de garantías convocará a las partes a una audiencia inmediata en donde el fiscal deberá manifestar si acepta la solicitud del imputado y su defensor. Allí mismo deberá estimar pena. Luego de ello, el imputado y su defensor deberán manifestar si se conforman con la misma. En ambos casos, y una vez formalizado el acuerdo, el juez de garantías remitirá las actuaciones al tribunal en lo criminal o juez en lo correccional para que decidan sobre la admisibilidad del trámite abreviado. En caso negativo, continuará el proceso según su estado. En caso afirmativo, dictará sentencia. Si no se admite el juicio abreviado, el código establece implícitamente que deberá continuar el trámite ordinario un tribunal o juez distinto al que desestimó la solicitud, a fin de preservar la imparcialidad. El código hace mención a la intervención del órgano jurisdiccional que por turno corresponda, sin aclarar específicamente que jamás deberá intervenir en el debate cualquiera de los jueces que intervinieron anteriormente en la desestimación.

3. *En la etapa preliminar al juicio hasta antes de fijada la audiencia de debate (CPP, 338).*

Fiscal, defensor e imputado podrán acordar el juicio abreviado inmediatamente antes de comenzar el debate. En este caso, el mismo tribunal en lo criminal o juez en lo correccional ante quien se efectuó la solicitud intervendrá en la decisión sobre su procedencia. Al igual que en el caso anterior, en caso de desestimación deberán abstenerse de realizar el debate, remitiéndolo a otro juez o tribunal. En todos los casos, será inimpugnable la decisión del órgano jurisdiccional que declare inadmisibile el trámite del juicio abreviado. Con respecto a la sentencia, deberá atenerse al hecho materia de acusación y se fundará en las constancias recogidas en la IPP. No se podrá imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal y podrá absolverse al imputado si correspondiere. La sentencia deberá dictarse en cinco días y será impugnabile por recurso de casación.

Finalmente, cabe agregar que el tope de ocho años fijado como requisito para la procedencia del juicio abreviado permite extender la aplicación del instituto a un inmenso campo de delitos. Ello obliga a extremar los cuidados en su utilización, pues la sentencia a la que se arribe sólo podrá fundarse en las constancias de la IPP, que se caracteriza por su desformalización y, salvo los actos irreproducibles, por el parcial control del defensor y el imputado (art. 275).

IV. 6. Relación con el recurso extraordinario federal

Vale aquí una aclaración en relación al recurso extraordinario federal que prevé el artículo 14 de la ley 48. Entre los requisitos de admisibilidad del mismo se exige la introducción oportuna de la cuestión federal debatida y su mantenimiento. La reserva del caso federal debe realizarse en el momento en que se advierte que puede llegar a verse lesionado un derecho del asistido, por lo que no hay que esperar hasta el momento del dictado de la sentencia. La invocación debe ser expresa y debe mencionarse concretamente el derecho constitucional que se cree vulnerado; no basta la sola expresión "se hace reserva del caso federal"; debe demostrarse a la Corte por qué la resolución cuestionada no satisface el derecho federal invocado. Otra cuestión de importancia

es la relacionada con el “tribunal superior de la causa” y cuando se considera agotada la vía provincial para empalmar con el recurso extraordinario federal en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A partir del caso “Strada”, la Corte Suprema estipuló que la apelación del art. 14 de la ley 48 debía interponerse contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, una vez agotadas *todas* las instancias existentes en las respectivas jurisdicciones para el examen y decisión de las cuestiones federales (CSJN, Fallos 301:961). Es decir, el interesado en promover el recurso extraordinario tiene que agotar las vías procesales idóneas, útiles y con aptitud en el ámbito provincial y, si entiende que en su juicio no debe recorrer todos los senderos procesales –ordinarios o extraordinarios–, debe fundar, al plantear el recurso extraordinario federal, cuáles razones le impiden tal recorrido, resultando entonces en un nuevo requisito de admisibilidad del mismo.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la Corte Suprema exige, para evitar el pago del depósito correspondiente al recurso de queja por denegatoria de extraordinario, que el beneficio de litigar sin gastos a favor del imputado se inicie ante el respectivo tribunal de la causa.

V. Lineamientos del nuevo sistema de defensa pública penal

El sentido teleológico social del proceso penal, que hace intolerable la omisión de la defensa en juicio aún en contra de la voluntad del imputado, impone a la defensa pública como respuesta al requisito de obligatoriedad de la defensa técnica y, como mandato ineludible del juez, la de hacerla actuar de oficio. A la defensa pública se la ha visto tradicionalmente como un compartimento de menor importancia en las reformas procesales. Sin embargo, nuestra realidad provincial indica que la gran mayoría de los casos son atendidos por los defensores de oficio, lo que, sumado a lo anterior, ofrecía un panorama de tremenda desigualdad en la efectivización concreta de los derechos y garantías reconocidos para todos. La titularidad que ejerce el ministerio público –organismo estable– sobre la acción penal, torna imprescindible, para garantizar la síntesis de justicia y para permitir la irrupción “no viciada” de la verdad material, la existencia de una contrafuerza como exigencia de equilibrio. Tanto el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art.14.3), como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2) incorporados a nuestra Constitución Nacional (art. 75 inciso 22), la Constitución Nacional (art. 18) y la propia Constitución de nuestra provincia (art 15), aseguran el efectivo ejercicio de la defensa en juicio de toda persona, sin importar su condición económica o social. Y es por ello que es un deber ineludible del Estado provincial asegurar un servicio público de defensa penal eficaz y eficiente, pues sólo así se podrá asegurar que el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio no quede relegado a una garantía meramente formal.

En el entendimiento de que el ejercicio de la superintendencia que tiene el Procurador general sobre los restantes miembros del ministerio público (art. 189 de la Constitución) no tiene los mismos alcances para dos funciones netamente contradictorias como son las de acusar y defender –ya que de esa manera quedaría desnaturalizada la intención de nuestros constituyentes de asegurar plenamente la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo y judicial (art. 15 de la Constitución de Buenos Aires) – y a fin de respetar la ubicación institucional de la defensa bajo la órbita del ministerio público y el ejercicio de la superintendencia administrativa en cabeza del Procurador, debe asegurársele al servicio público de defensa penal una total independencia técnica para la prestación del servicio.

Por ello ha sido primordial para el nuevo sistema procesal producir un cambio paradigmático en el servicio de defensa pública. Actualmente, las defensorías oficiales poseen un esquema de organización similar al de los juzgados pese a las notorias diferencias existentes entre ambos.

Esta realidad ha traído numerosas consecuencias, a saber:

- En lo referente a la organización interna de la tarea, las defensorías oficiales no han sido ajenas a los problemas de sobrecarga de trabajo y de delegación de funciones que aquejan a los tribunales.

- La concentración de las oficinas en las sedes departamentales impiden la fluida comunicación entre el defensor y su cliente, ya sea por las distancias que deben recorrer para poder acceder a una entrevista, sea por factores económicos y el desconocimiento que incluye el modo de llegar a las instituciones. Esta rigidez de las demarcaciones judiciales de las defensorías y su asentamiento, muchas veces distantes de los lugares de conflicto, ocasionan graves consecuencias en la producción de pruebas. Tareas tales como la búsqueda de testigos e inspecciones en el lugar del hecho, son prácticamente imposibles de ser realizadas, pese a los esfuerzos de los defensores oficiales.

- Ausencia de cuerpos técnicos especializados de la defensa que imposibilitan a los defensores a realizar su propia tarea investigativa para elaborar su caso y su estrategia para el proceso.

Frente al nuevo rol de defensor que exige el sistema implementado es importante destacar la necesidad de pensar en una estructura funcional de la defensa, que deje de lado el modelo característico de organización judicial por un modelo organizativo propio, sustentado en las ideas de descentralización y flexibilidad en la prestación del servicio a efectos de dotar de una mayor presencia de la defensa en todos los sectores de escasos recursos, facilitando el asesoramiento y orientación del cliente. Todo ello a fin de adecuar la actuación de las unidades funcionales conforme las fluctuaciones de la demanda del servicio.

La ley de ministerio público proyectada, con la creación de las defensorías generales departamentales, cristaliza un modelo dinámico y ágil de gerenciamiento del sistema que atiende a las circunstancias particularizadas en cada área. El defensor general departamental podrá determinar la política general del servicio en su departamento, ejerciendo su dirección técnica y estableciendo su estructura, ideando sistemas de asignación inteligente de casos y formación de equipos de defensores para casos específicos.

A la vez, se crea un Consejo de Defensores en el cual tiene participación un representante del Colegio de Abogados de la provincia. Y ello por el fundamental rol que el mismo está llamado a cumplir como sector interesado en la problemática de la defensa oficial ya que el propio sistema dinámico favorece la firma de convenios con instituciones para la mejor prestación del servicio.

El objetivo es una defensa pública integrada con los actores involucrados, sin compartimentos estancos, aliviando la sobrecarga de trabajo y cumplimentando con el requisito constitucional de una defensa técnica personalizada y eficiente.

Principal bibliografía consultada

- Binder, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- Bergman, Paul, *La defensa en juicio*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995
- Carnelutti, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, trad. de Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1959.
- Carrió, Alejandro D., *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.
- Clariá Olmedo, Jorge, *Derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1984
- Creus, Carlos, *Derecho procesal penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- De La Rúa, Fernando: *Proceso y Justicia*, Lerner, Córdoba, 1980.

- Instituto Latinoamericano de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, *La defensa penal y la independencia judicial en el estado de derecho*, Costa Rica, 1989
 - Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
 - Maier, Julio B. J., *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1981.
 - Struensee, Eberhardt, *La prueba prohibida. Justicia penal y sociedad*, Guatemala, 1991.
 - Torres, Sergio G., *Nulidades en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires,
 - Vázquez Rossi, Jorge E., *La defensa penal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996.
 - Vázquez Rossi, Jorge E., *Derecho procesal penal*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1995.
 - Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1986.
 - Verge Grau, Joan, *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Barcelona, 1994.
 - Zaffaroni, Eugenio Raúl; Virgolini, Julio E.; García Méndez, Emilio; Larrandart, Lucila E., *El sistema penal argentino*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
-
-