

Defensa pública

Pena y Estado

año 5 • número 5

revista latinoamericana de política criminal

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. ♦