

# Defensa pública

Pena y Estado

año 5 • número 5

revista latinoamericana de política criminal

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 amplio<sup>1</sup>; 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 absolutistas<sup>2</sup>.

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.<sup>3</sup> 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 ausencia<sup>4</sup>.

1 El movimiento por el acceso a la justicia, como respuesta a la crisis del derecho y de la justicia, comprende un abordaje íntegro 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, Turín, 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 pública<sup>5</sup>.

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 latinoamericanos<sup>6</sup>, 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.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup> 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 penal*, 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 conjunto<sup>9</sup>.

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 contradictorios.

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”.<sup>10</sup>

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*<sup>11</sup>. Para el imputado ello supone, como contenido mínimo<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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 inculcado 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 inculcado 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 inculcado 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 retribuir 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 omnicomprendiva de su derecho a contar con un defensor técnico que interviene en forma independiente en el proceso procurando a su favor.<sup>14</sup> 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 corrección<sup>15</sup>; 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.<sup>16</sup>

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 participe 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.<sup>17</sup>

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 afectación<sup>18</sup>.

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 jurisdiccional<sup>19</sup>, 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).<sup>20</sup> Y entre los derechos prestacionales en sentido amplio, según la definición de Robert Alexy<sup>21</sup>, (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 hecho<sup>22</sup>; 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

28

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 indebida laguna 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 y sgtes.

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

puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental<sup>23</sup>. 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 penal<sup>24</sup>, 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 contralor<sup>25</sup> 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*<sup>26</sup>. 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 formal<sup>27</sup>; 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.<sup>28</sup> 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 procedimiento<sup>29</sup>, 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 defensivas<sup>30</sup>; que “un abogado suplir la psicología inferior del imputado, el que se encuentra bajo la coerción moral del Ministerio Público<sup>31</sup>; 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”.<sup>32</sup>

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

30

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 VÉLEZ 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 VÉLEZ 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.<sup>33</sup>

En el sistema inquisitivo, en la etapa denominada por Franco Cordero “terapia inquisitoria” -por la labor introspectiva sobre “el paciente” para arrancarle la verdad<sup>34</sup>- 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*”.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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...*”<sup>37</sup>

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 inculcado necesita un defensor?<sup>38</sup> Con la verdad se pondrá de manifiesto su inocencia.<sup>39</sup> 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”<sup>40</sup>, 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 jubiliaei, 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<sup>41</sup>; o como en el Codex de Kreittmayr, donde se ordena explícitamente que el juez debe asumir *ex officio* el puesto del abogado<sup>42</sup>, 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.<sup>43</sup>

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<sup>44</sup>

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*”.<sup>45</sup>

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 defendiera a aquellos (Real Cédula de 1792).<sup>46</sup>

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 realidad<sup>47</sup>. 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.<sup>48</sup>

Debió esperarse hasta la Revolución Francesa<sup>49</sup> 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 Robespierre<sup>50</sup>:

*"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 determinados<sup>51</sup>.

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.

justicia<sup>52</sup>, 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 defendido<sup>53</sup>, 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 solicitudes<sup>54</sup>, 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*

34

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 Processò*".

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*"<sup>55</sup>.

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* Artico<sup>56</sup> 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-<sup>57</sup>, 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 otorgado 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 penal<sup>58</sup>.

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 legislador<sup>59</sup>.

Desde un punto de vista general, estas posturas consideran que la voluntad del imputado es legítima en tanto tienda a una defensa eficaz<sup>60</sup>, 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.<sup>61</sup>

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.<sup>62</sup>

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.<sup>63</sup>

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 indifensos, 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, VI: *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 Eumi, 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.<sup>64</sup>

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?<sup>65</sup>

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 Aristotélica<sup>66</sup>, “*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

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 reseñados<sup>67</sup>.

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 preestablecidas<sup>68</sup>.

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"<sup>69</sup>. 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.<sup>70</sup> 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"<sup>71</sup>. 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 letrado<sup>72</sup>.

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 influenciados 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 bizantinas<sup>73</sup>.

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)<sup>74</sup>, mientras que en otros países como Colombia y Ecuador, si bien combinado con otros sistemas, se recurría al mismo de manera habitual.<sup>75</sup> 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.C., 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 auxiliatoria 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.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup>

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..."<sup>78</sup>

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 general<sup>79</sup>. 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 "recurrieron 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 justicia<sup>80</sup>. La burocracia, los salarios en general bajos<sup>81</sup> y la rutina, son sin embargo los mayores riesgos a los que se hayan expuestos los sistemas de defensorías oficiales<sup>82</sup>.

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 caso<sup>83</sup>. 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 Ontario<sup>84</sup>, en Canadá, o incluso el previsto —aunque en forma limitada— en el anteproyecto del servicio público de defensa penal de Guatemala<sup>85</sup>, 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 dirección<sup>86</sup>.

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. Plénesese 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, tuvieren 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-<sup>87</sup> 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 nadie<sup>88</sup>.

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 Público”<sup>89</sup>.

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”.<sup>90</sup>

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 problema<sup>91</sup>.

#### IV. Los desafíos

Ante una realidad de crisis, es común que se ensayen algunas posturas *reduccionistas*<sup>92</sup> 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 preestablecida<sup>93</sup> 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 vendrían 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 cultural<sup>94</sup>, 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 superación<sup>95</sup>.

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.<sup>96</sup> 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 técnico<sup>97</sup>.

- A la vez, siempre que el imputado estime que la actuación de su defensor lo satisficiera, 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 PIDCyR, 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 55ª. 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 normativo<sup>98</sup>, 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*"<sup>99</sup>.

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.

---

---