

# Defensa pública

Pena y Estado

año 5 • número 5

revista latinoamericana de política criminal

e n s a y o s



# DEFENSA PÚBLICA, DERECHO DEL PUEBLO

STELLA MARIS MARTÍNEZ

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

## 1. Introducción

En julio de 1989 se celebraron en la ciudad de Buenos Aires las “Primeras Jornadas Interamericanas de Defensores Públicos y Tercer Encuentro de Defensores Públicos de Río de Janeiro”; en esa oportunidad los defensores oficiales cariocas repartieron gran cantidad de adhesivos con la leyenda que da título a este trabajo<sup>1</sup>.

Más de una década después rememoré la frase, en virtud de un episodio perturbador: las palabras de Víctor Hugo Saldaño, el ciudadano argentino que estuvo a punto de ser víctima de la pena de muerte en Estados Unidos, cuando señaló que, en sus años de reclusión en el “corredor de la muerte”, había visto pasar rumbo a la irracional matanza a muchas personas cuya única culpa era ser pobres y no tener dinero para pagar un abogado defensor<sup>2</sup>.

Tanto Saldaño, cuya condena fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos luego de la intervención de dos letrados particulares subvencionados por el Estado Argentino<sup>3</sup>, como los restantes casos a los que el nombrado alude en su amarga reflexión, se

encontraban asistidos formalmente por defensores oficiales, profesionalmente aptos para desempeñar su rol, pero dispuestos a aceptar la calidad de meros “legitimadores de condenas”<sup>4</sup>.

Esta efectiva falta de defensa sustantiva no es exclusiva del deslucido panorama penal estadounidense<sup>5</sup> -al que, inexplicablemente, ciertos círculos políticos y jurídicos de nuestro país intentan remedar mediante la importación de diversas instituciones- sino que se percibe con distinta gravedad en toda América, desnaturalizando, en los hechos, la afirmación de que la defensa pública, entendida como un servicio organizado, supervisado y -en caso necesario- subvencionado por el poder estatal, es un derecho del pueblo y, por ende, una obligación del Estado.

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

1 En la formulación original: “Defesa Pública, Direito do Povo”.

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

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

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

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

penal sigue visualizando la defensa en juicio, y, en particular, la defensa penal, como una concesión graciosa del Estado cuya "ultima ratio" sería la legitimación de las condenas<sup>6</sup>, o, a lo sumo, como un derecho que sólo poseen los inocentes.

Es interesante observar la actualidad de este fenómeno en nuestro país. La Constitución fundacional de 1853 incluía en su art. 18 la garantía de la defensa en juicio<sup>7</sup>, dispositivo que se mantuvo inalterable a lo largo de todas las reformas constitucionales<sup>8</sup>. A su vigencia secular vino a sumarse la novedosa concesión de jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos, expresamente contenida en el art. 75 inc. 22 de la C.N., modificación incorporada en la reforma de 1994; varios de estos tratados consagran explícitamente el derecho de defensa y las modalidades que el mismo debe revestir<sup>9</sup>. Como si esto no fuera suficiente, también la reforma constitucional mencionada incorporó, en su artículo 120, la figura del Defensor General de la Nación, como cabeza del Ministerio Público de la Defensa, en teórica igualdad de condiciones con la cabeza del Ministerio Público Fiscal<sup>10</sup>.

Ante este esquema normativo, cualquier disposición que conculque la plena vigencia del derecho de defensa en juicio será lisa y llanamente inconstitucional. Es más, el Estado Argentino, si no asegurara acabadamente tal derecho, estaría incumpliendo sus compromisos internacionales, toda vez que los tratados de derechos humanos ya aludidos conllevan, para cada uno de los Estados signatarios, la obligación de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para asegurar de manera efectiva el goce y ejercicio de los derechos protegidos<sup>11</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción<sup>12</sup>

Pese a lo expuesto, se mantiene la tendencia a privilegiar la actividad persecutoria del Estado, en desmedro de su obligación de garantizar a los ciudadanos una adecuada defensa. Esto se traduce en una serie de falencias, tanto de infraestructura como legislativas<sup>13</sup>, y tiene como efecto relevante robustecer el imaginario social y, particularmente, el de los operadores de los distintos segmentos del sistema penal, respecto a la relatividad del compromiso con el derecho de defensa.

## 2. El defensor como mero requisito legitimador de condenas

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

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

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

Fieles a esta creencia suelen maltratar a los defensores<sup>14</sup>, descalificarlos, presionarlos, en un sistemático manejo de poder, huérfano de toda justificación<sup>15</sup>. Claro está que estos jueces adhieren a concepciones vetustas, a contrapelo de los principios que alientan el sistema acusatorio, cuyas garantías prolijamente describen los instrumentos de derechos humanos; son magistrados que siguen embarcados en una cruzada por "hacer justicia", omnipotentes e inaccesibles, ignorantes de que el único papel que dignifica la labor judicial es el de erigirse en custodio de las garantías.

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

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

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

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

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

omnipotente a quien debe guardarse de atacar, sino un sujeto procesal y un contrincante del fiscal, contra el cual puede arremeter enérgicamente, sin temer los inconvenientes y la parcialidad del juez<sup>16</sup>.

Cada vez que un operador del segmento judicial desprecia o ignora injustificadamente la labor de la defensa actúa de manera parcial, lesionando la garantía que consagra el art. 18 de la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos integrantes del bloque de constitucionalidad que pacíficamente reclaman la necesidad de jueces imparciales y las bases mismas del sistema acusatorio<sup>17</sup>.

Va de suyo, que esta realidad discurre al margen de un discurso absolutamente respetuoso del derecho del defensa y en contradicción con afirmaciones tajantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en punto a exigir que la defensa exceda la mera formalidad y se traduzca en una realidad sustancial<sup>18</sup>, toda vez que una intervención meramente formal no garantiza el contradictorio<sup>19</sup>. Sin embargo, la falta de la debida consideración al ejercicio de la defensa suele revestir formas insidiosas, sumamente difíciles de objetivar; es por eso que, salvo groseras violaciones, resultará imposible obtener una reparación por la vía recursiva.

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

de señalar, como muestra paradigmática, la usual diferencia entre el trato dispensado por los magistrados a los representantes del Ministerio Público Fiscal con el que se otorga a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa<sup>20</sup>, inequidad frente a la que predicar una supuesta paridad de armas es una mera expresión de deseos<sup>21</sup>.

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

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

52

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

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

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

19 Fallos 308:1386.

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

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

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

En este ámbito, es verdaderamente alarmante observar como el mito y la burocracia hacen tabla rasa con un eficiente derecho de defensa en juicio, pese a los claros términos del art. 40 de la Convención aludida. En efecto, tratándose de acusados mayores de 16 años, en el momento de celebrarse la audiencia para determinar su responsabilidad, campea la sensación de que se trata de un mero trámite de consecuencias inocuas, ya que lo más habitual es que, por aplicación del art. 4° de la ley 22.278<sup>23</sup>, aún cuando el justiciable sea declarado responsable, se suspenda el dictado de la condena mientras se lo mantiene en observación. Si persiste su buen comportamiento, será absuelto. Ahora bien, si vuelve a delinquir, ese mismo juez-padre, traicionado en su confianza, no dudará en aplicarle sanciones más severas de las que se aplican a infractores adultos. Ello, en base a una declaración de responsabilidad dictada en una audiencia en la que las garantías pacíficamente reconocidas a los mayores de edad se han soslayado, en función de supuestos paradigmas tutelares que, en la práctica, protegen exclusivamente a quienes menos amparo necesitan<sup>24</sup>.

### 3. ¿Sólo merecen defensa los inocentes?

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

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

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

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

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

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

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

reside en construir la responsabilidad penal de un imputado a partir de la valoración de los elementos de prueba con los que cuenta<sup>25</sup>.

Es evidente que la conducta procesal que se cuestiona es de harto difícil demostración, aunque un observador avisado puede percibirla; sin embargo, la dificultad para objetivarla suficientemente hace que continuamente los operadores judiciales recaigan en infracciones a los principios contenidos, por ejemplo, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que claramente consagra la presunción de inocencia<sup>26</sup>, sin que sea sencillo vislumbrar correctivos eficaces al alcance de los defensores.

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

Esta presión constante<sup>27</sup>, sumada al tratamiento despectivo que suele merecer el trabajo de los defensores, conduce a que ciertos colegas caigan en el mismo error que se señala para los Tribunales, y modifiquen su ímpetu defensivo según crean -o sepan- que su defendido es culpable o inocente<sup>28</sup>. Esta desviación también es inaceptable. No debemos permitir que elemento alguno perturbe nuestro ánimo de modo tal que no seamos capaces de ofrecer una defensa que compense, aún en

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

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

#### 4. ¿Juicio abreviado o condena consensuada?

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

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

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

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

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

garantías de los imputados ha tenido la incorporación a nuestro sistema legislativo de la figura del juicio abreviado<sup>29</sup>. La presión, expresa o tácita, que ciertos Tribunales ejercen sobre los defensores para que omitan los juicios es un dato de la realidad.

La técnica central de la que se valen para lograr su cometido -tanto ciertos jueces como algunos fiscales- es la velada advertencia de que si se lleva la causa a juicio y el acusado resulta condenado se le impondrá una pena más severa que la que ofrecería el fiscal en un juicio abreviado. La razón del incremento punitivo, según afirmaciones de numerosos representantes del Ministerio Público Fiscal, es que se le ha hecho gastar innecesariamente dinero al Estado celebrando un juicio. Ante situaciones como estas no puedo menos que pensar que hemos regresado al tiempo de las ordalías. En efecto, el imputado es llevado a un juicio que ni el Tribunal ni el Fiscal desean celebrar porque ya han decidido que es culpable; por ende, según la visión de estos últimos, debe renunciar a su derecho a un juicio justo. Si no lo hace y resulta condenado, haber ejercido sus derechos le significará la imposición de una pena de mayor magnitud<sup>31</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

las características necesariamente coactivas que lo revisten<sup>32</sup>.

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

## 5. La defensa pública como derecho

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

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

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

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

En este estado de cosas, cuando aún resta una dura batalla en aras a garantizar una defensa sustancial para cada uno de los procesados, si bien aceptamos que la defensa pública no es el único sistema que asegura un asesoramiento legal efectivo o que cumple con el mandato constitucional, estimamos que en los pauperizados países latinoamericanos, resulta irremplazable<sup>33</sup>.

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

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

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

trolador social hacen que atrape en su red casi exclusivamente a marginados<sup>34</sup>. Sólo una defensa a cargo del Estado garantizará a estos individuos un servicio eficiente<sup>35</sup>. Todas las experiencias que, en el ámbito latinoamericano, intentaron convocar a los abogados con ejercicio libre de la profesión para que, ya sea como un servicio comunitario o recibiendo una remuneración que era siempre muy inferior a sus expectativas, se hicieran cargo de defender a los indefensos, fracasaron estrepitosamente.

En la República Argentina, la defensa privada es sumamente onerosa, en particular en el ámbito del derecho penal<sup>36</sup>, y los profesionales, agobiados en su mayoría por la crisis socio-económica que también los alcanza, no están dispuestos a participar masivamente en programas de apoyo a la defensa. A ello debe agregarse que no hay motivo alguno para que se convierta en una especie de dádiva lo que configura un derecho garantizado por la Constitución Nacional. Dicho en otras palabras, no es necesario etiquetar a un ciudadano como "pobre" para que emerja la obligación del Estado de garantizarle su defensa; este deber existe para con todos los ciudadanos, independientemente de las medidas que luego tome el Estado para resarcirse por haber usado recursos públicos cuando el particular podía afrontar privadamente el gasto.

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

y jurídicamente incuestionable, resulta en este momento, económicamente impracticable<sup>37</sup>.

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

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

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

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

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

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

El cuadro descripto exige una acción positiva de parte del Estado: la jerarquización del cometido de la defensa, su ejercicio por un organismo extrapoder que tenga paridad de armas<sup>38</sup> con el Ministerio Público Fiscal - representante de la política represiva del Estado- no sólo en el reducido ámbito de los juicios orales, sino en el diseño de la política criminal del país<sup>39</sup>. En este sentido, la insaturación de la figura del Defensor General de la Nación y el diseño del Ministerio Público de la Defensa,<sup>40</sup> integrado por defensores a quienes se les reconoce la calidad de magistrados, mediante la Ley de Ministerio Público han sido avances indudablemente alentadores, pero insuficientes. Pese al esfuerzo individual de sus operadores, la defensa aún no ha obtenido su espacio entre nosotros, todavía no ha sido reconocida como un verdadero derecho del pueblo.

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

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

Ferrajoli afirma que, para que la contienda se desarrolle lealmente y en igualdad de armas, se debería contar siempre con una defensa pública representada por un magistrado que, junto a la asistencia profesional del abogado de confianza y subordinado a sus estrategias defensivas, actuase dotado de las mismas funciones y potestades investigadoras que el ministerio público fiscal<sup>42</sup>.

Si la idea de un verdadero Ministerio Público de la Defensa no se consolida, si su concreción queda limitada a un incompleto cúmulo de disposiciones legales carentes de la vitalidad y de la fuerza imprescindibles para instalarla en el imaginario de la sociedad como una necesidad de primer orden, nunca cumplirá su destino de garantía de protección de los derechos de los más vulnerables y de pieza irremplazable en la construcción de la paz social y, por ende, en la vigencia plena del Estado de Derecho<sup>43</sup>. ♦

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

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

40 Vid. Ley Orgánica del Ministerio Público No. 24.946

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

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

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