

Defensa pública

Pena y Estado

año 5 + número 5

revista latinoamericana de política criminal

e n s a y o s



PRINCIPIOS, INSTRUCCIONES Y ORGANIZACION DE LA DEFENSA PUBLICA*

ANDRÉS HARFUCH

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

I. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Cómo podía contribuir un defensor a conseguir esos fines?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

11 Todos fallos jurisprudenciales de las cámaras de apelaciones de la provincia de Buenos Aires citados en Hortel, Eduardo, *Código de procedimiento penal de la provincia de Buenos Aires*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1994, ps. 360 y siguientes.
Cf., también, Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ed. Ad-Hoc, 1996. Allí advierte acerca de los peligros de "premiar" a quien confiesa: inducción a la coacción y castigo a quien se ampara en el derecho magno a no declarar.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ "El defensor debe ser considerado como un verdadero cooperador de la justicia, una luz de honesta verdad, un sostenedor del derecho"; Stoppato, *Comentario*, IV, p. 427, citado en Oderigo, Mario, *Derecho procesal penal*, t. I y II, Ed. Depalma, 2ª ed., 1980, Buenos Aires, p. 330. ¹⁶ Cf., entre nosotros, Langevin, Julián Horacio, *Rol del ministerio público de la defensa*, en "Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal", año V, n° 8/C, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 254.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

31 Tradicionalmente, se han definido tres escenarios posibles relativos a la actividad del defensor y el derecho a mentir: a) el acusado introduce por sí hechos falsos que son sostenidos por su defensor; b) el defensor aconseja a su cliente para que éste introduzca hechos no verdaderos al proceso; y c) el defensor introduce por sí y en forma independiente hechos no verdaderos al proceso. La doctrina se enfrenta entre quienes niegan las tres opciones, quienes aceptan sólo una o algunas de ellas o quienes admiten todas. También discrepan en cuanto a la amplitud e intensidad de su ejercicio. Al respecto, cf. Peters, Karl, *Strafprozeß*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg-Karlsruhe, Alemania, 3ª ed., 1981, ps. 213-216. 32 Carrara, *Programa de derecho criminal*, cit., p. 467, cita entre los deberes del defensor la fidelidad para no traicionar los secretos del defendido y la lealtad en todo lo que haga. Este último deber no lo obliga a ejecutar aquello que omita el acusador y conduzca a la culpa, pues esto sería contrario a su cargo, que en tales casos lo obliga a la *reticencia*.

dientemente del acusado y sin vulnerar ningún límite legal. Cercenarle al defensor público la posibilidad de sostener positivamente esta estrategia en aras de su pertenencia al poder judicial o de considerar que así se convierte "en cómplice o encubridor de su cliente"³³ es inconstitucional, por limitar la garantía de defensa en juicio.

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

Calamandrei *dixit*: "La lealtad prescrita es en el juego: el juego, esto es, la competición de habilidad, es lícito, pero no se permite hacer trampas. Pero en este delicadísimo mecanismo que es el principio dispositivo, en el cual cada una de las partes debe esperar la victoria únicamente de sus propias fuerzas y puede abstenerse de aducir elementos que puedan contribuir a la victoria contraria (*nemo tenetur edere contra se*), es muy difícil establecer hasta dónde llegan los derechos de una sagaz defensa y donde comienza el reprochable engaño"³⁴.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Son estos principios asimilables a la defensa pública?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

38 Cf. Hulsman, Louk, *El paradigma abolicionista*, en "Garantías" Ed. Defensoría oficial de casación de la provincia de Buenos Aires, nº 2, La Plata, Argentina, 1999, p. 31, www.pjba.gov.ar/dcas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Obligatoriedad de las instrucciones

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

42 Todos fallos de la Corte bonaerense y de las cámaras de apelaciones, citados en Hortel, *Código de procedimiento penal*, cit., p. 358 y siguientes.
43 Ejemplos prácticos: CADH, 5º, inc 6º; y PIDCyP, 10º, inc 3º establecen que el fin esencial de las penas será la reforma y la readaptación social de los condenados. ¿Qué fin constitucional persigue entonces la pena de prisión perpetua? Además, este fin de prevención especial que asegura la Carta Magna siempre ha sido tachado de ilegítimo e inútil para aquellas personas reincidentes o delincuentes habituales, no obstante lo cual se les sigue imponiendo pena. (cf. Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 8).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Final

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

La Plata, agosto de 1.999.

VISTO:

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

CONSIDERANDO:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Regístrese y notifíquese.