

Defensa pública

Pena y Estado



año 5 • número 5

revista latinoamericana de política criminal

e n s a y o s



DEFENSA PÚBLICA PENAL

Operaciones, Estrategias y Problemas relativos al ejercicio de la Defensa Oficial Pública en el contexto del Sistema de Derecho Penal Argentino

ELIZABETH N. PACE DE ELÍAS

*Defensora Oficial Pública de 1ra. y 2da. Instancia del Interior del País.
Ante los Tribunales Federales de la ciudad de Resistencia - Chaco, Argentina.*

1. Introducción

El universo de acciones que pueden ser conceptualizadas como de defensa, producidas por la Defensa Pública, es complejo y excede al de la Defensa Privada.

No es del caso individualizar todas y cada una de éstas en este trabajo, por el contrario el interés está puesto en determinar las condiciones de realización de las acciones de defensa en el proceso penal, así como las operaciones y estrategias cognitivas que pone en juego el defensor en ese contexto.

Elo implica acotar el campo sin restarle importancia a otras cuestiones que ameritan también una especial consideración.

Básicamente intento presentar el contexto en el cual actúa el defensor, qué circunstancias propias del mismo condicionan su acción, cómo usa sus conocimientos, y las operaciones intelectuales que los sostienen; todo sobre una base especulativa, término que utilizo en el sentido de mera reflexión sin aún verificación empírica, para circunscribir áreas problemáticas e hipótesis a ser investigadas en labor científica, en función de aportar mayor conocimiento al proceso de la defensa pública para mejorar su eficacia.

2. El contexto: delimitación

El contexto en el cual actúa la Defensa Pública es complejo, sin embargo, tal como lo señalara en los párrafos anteriores me circunscribiré al Jurídico, y en particular, al Jurídico Penal y Procesal.

En la República Argentina las reglas de organización y funcionamiento del sistema jurídico penal y procesal se establecen en la Constitución Nacional; las mismas responden al pensamiento ilustrado liberal. Podría decirse que, son tres los artículos fundamentales, el artículo 1° en el cual se establece el sistema republicano de gobierno, implicando el mismo racionalidad de los actos de poder e independencia de los poderes del Estado; el artículo 18° en cual se establece la definición legal previa de las circunstancias de hecho para que éstas sean constitutivas de un delito, y condición de aplicación de una pena, garantía de legalidad, la verificabilidad de las mismas y del derecho aplicable en un proceso judicial fundado en la ley, garantía de jurisdiccionalidad; y por último el artículo 19° que consta de dos partes relevantes, la primera relativa a que la definición legal de los hechos considerados delictivos está condicionada por la circunstancia de que, los mismos, afecten derechos de terceros, y segundo que todo lo que no ha sido prohibido como delito es esfera de libertad.

De allí entonces que, por la ley penal previa se delimitará bajo que condiciones de hecho una acción, comprensiva de comisión y omisión, será considerada delictiva; lo que se verificará empíricamente y jurídicamente mediante un proceso legal.

De la garantía de legalidad interesa básicamente aquel aspecto que exige una clara y exacta determinación del supuesto del hecho. La razón del interés radica en que las acciones de defensa serán analizadas por relación a las acciones de la acusación, en función de los hechos legales y su verificación, de modo tal que, si éstos no son determinados con precisión en la definición legal del delito, se ve obstaculizada tanto la aserción empírica de la acusación como la refutación de la defensa por carecer del término común de la relación.

El proceso judicial constituye el espacio donde se manifiesta la contienda entre los dos actores, el acusador y el defensor, la que será dirimida por el tercer protagonista, el Juez imparcial.

La función de defensa que luego será analizada en los términos ya consignados, en el sistema jurídico argentino se ejerce tanto privada como públicamente. En ambos casos habilita para la función el título de Abogado.

3. La Defensa Pública

La norma constitucional del art. 18° establece que es inviolable la defensa en juicio, de allí que las leyes procesales reglan que el Estado debe proveer un Defensor si el imputado de un delito no designa uno que lo asista, o cuando éste no pueda afrontar una defensa privada por ser pobre, en ambos casos la función la ejerce el Defensor Público.

La Constitución Nacional, artículo 120 crea un órgano, el Ministerio Público que comprende al Ministerio Público Fiscal y al Ministerio Público de la Defensa. Cada uno ejerce la función de

acusar y la de refutar, respectivamente. La norma reza " art. 120 CN. El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República".

"Está integrado por un Procurador general de la Nación y un Defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca."

"Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones".

La ley, n° 24.946, regula la actividad correspondiente delimitando los campos de acción, de cuyo contenido, así como del artículo 120 CN, puede inferirse que ambas funciones tienen la misma jerarquía (art. 25). Sin embargo, un análisis de las leyes procesales penales provinciales, así como del Código Procesal Penal de la Nación, en particular en la etapa de instrucción, pone de manifiesto que la Acusación y el Juez de instrucción dominan esta etapa, relegando a la Defensa prácticamente a una función de control de legitimidad y validez de los actos procesales.

Se diferencian la Defensa Pública elegida voluntariamente por el sujeto del proceso, de la Defensa Pública impuesta de oficio que garantiza más allá de su voluntad su defensa en juicio; este caso de defensa oficiosa, constituye una función estatal por imperativo constitucional, pues implica tanto la defensa del sujeto como el control y defensa de la legitimidad y validez de los actos del propio Estado manifestados en el proceso, las que se pierden si no está asegurada la defensa en juicio del imputado.

Si bien en el sistema argentino no hay homogeneidad en las leyes procesales por cuanto siendo el mismo federal, cada provincia legisla sobre la materia dictando su código respectivo,

no lo es menos que están condicionados por las reglas constitucionales por cuya merced se mantiene la coherencia, y consecuentemente es posible, en lo fundamental y a los fines de este trabajo, generalizar ciertos esquemas.

4. El Proceso Esquema de Organización:

Las dos partes del proceso, la instrucción y el juicio se organizan a partir de la formulación de una hipótesis de delito a ser corroborada o desechada, en su dimensión fáctica y jurídica.

Las actividades de los sujetos del proceso.
Fiscal y Defensor: Dos funciones específicamente cumplen, el primero de formulación y prueba de las hipótesis fácticas y jurídicas, y de justificación de ambas; el segundo de formulación de contra hipótesis y su prueba, o contra prueba de las de la acusación, de refutación, y de prueba y justificación de sus hipótesis alternativas.

La Defensa Pública y la Privada no se diferencian en este aspecto pues por ambas se ejerce la misma función de refutar los argumentos en torno de la prueba que sustenta la hipótesis, y proveer la contraprueba que desbarate la misma, de refutar los argumentos relativos a la prueba e interpretación del derecho, y de control de legitimidad y validez de los actos procesales.

5. Descripción de las actividades de los sujetos por relación a las etapas del proceso

La instrucción: No son en general, los sistemas procesales argentinos del tipo acusatorio puro; por tanto la instrucción se caracteriza por un dominio de la actividad probatoria por parte del Juez de Instrucción y del Fiscal en desmedro de la actividad de la Defensa en el siguiente sentido, el Defensor únicamente puede realizar un control de legitimidad y validez de los actos de los otros dos sujetos, introducir contra-prueba, a la cual se accederá si el Juez, que controla la etapa la

considera pertinente y de refutación de las decisiones jurisdiccionales, en los tres aspectos, validez, prueba y derecho aplicable por la vía de la impugnación.

También el Fiscal debe realizar un control de legitimidad y validez de los actos de los otros dos sujetos del proceso, (por ejemplo ver ley de Ministerio Público art. 33).

El juicio: En esta etapa se garantiza el equilibrio entre las partes en el siguiente sentido, tanto la Acusación como la Defensa tienen la disponibilidad de la prueba de sus propias hipótesis acerca de los hechos y del derecho, y de refutación de los argumentos relativos a las mismas.

En cuanto a la Defensa, en la refutación tiene la última palabra, por lo menos en el Código Procesal Nacional (art. 393), lo cual, de alguna manera compensa el marcado desequilibrio que se observa a su respecto en la instrucción.

También en esta etapa de juicio ambas partes tienen, el deber el Fiscal y la Defensa el derecho, a un control de legitimidad y validez recíproco y de los actos del Tribunal.

La contienda: La actividad de ambos sujetos se puede caracterizar como una lucha por obtener una decisión que satisfaga sus posiciones respecto de los hechos y el derecho. Este interjuego comienza con la formulación por parte de la Acusación de la hipótesis de delito, lo cual implica proposiciones empíricas y jurídicas. Se articula con la refutación y contra prueba de ambas por la Defensa.

6. Condiciones necesarias para la realización del acto de defensa

Relativas a la ley: a) Ley penal previa que defina clara y exactamente en sus determinaciones relevantes para la verificación empírica la acción delictiva, porque la garantía derivada del principio de legalidad hace que

únicamente puedan ser objeto del proceso hechos verificables empíricamente.

Relativas al órgano acusador: b) Acusación que formule hipótesis asertivas susceptibles de verificación y de reconocimiento, pues la actividad, tanto probatoria como argumentativa de la defensa, se desarrolla por relación al contenido de la acusación.

En orden lógico y de importancia, la garantía de estricta legalidad tiene prioridad, tanto para la Defensa como para la Acusación pues, tampoco puede el Fiscal construir sus proposiciones, tanto empíricas como jurídicas, si la herramienta legal de delimitación del campo de lo prohibido no es adecuada a ese efecto.

7. Núcleos problemáticos correspondientes a la instrucción

Para todo ello voy a suponer que, tanto acusación como defensa operan conforme los esquemas legales, es decir que sus actos se adecuan a la estructura prescrita por la regla legal y según los condicionamientos ya establecidos, constitucionales y legales, no analizaré las actuaciones anómalas y los condicionamientos que ellas implican, porque la variedad y complejidad requieren de un trabajo ad hoc.

La Defensa se mueve permanentemente entre dos campos, empírico y jurídico, ello la enfrenta a tipos de problemas diferentes:

- a) problemas relacionados con los hechos y su prueba; y
- b) problemas relacionados con el derecho y su interpretación.

Hechos y su prueba: Los hechos a probar constituyen la base de la hipótesis. En general se considera que no hay un método de descu-

brimiento y verificación de las hipótesis sino que éstas se obtienen por un acto creativo y que lo único posible es su confirmación o refutación. Luigi Ferrajoli (1998), "El mejor camino para llegar a semejantes criterios de decisión o justificación, aún con las adaptaciones oportunas, es el ofrecido por el modelo nomológico-deductivo de la explicación causal elaborado por Karl Popper y con mayor difusión por Carl G. Hempel y P. Oppenheim. Según este esquema, la inferencia inductiva, que permite ascender desde los hechos que se han de explicar o explanandum a los hechos que son su explicación o explanans, se justifica porque puede ser investida en una inferencia deductiva, que permite descender del explanans al explanandum gracias a la inclusión en las premisas explicativas de leyes o generalizaciones empíricas aceptadas como verdaderas conforme la experiencia pasada".¹ De allí que proponga que la verdad será relativa, en tanto el método no permite demostrar la verdad, sí en cambio posibilita la falsación, de lo se concluye que las hipótesis son susceptibles de confirmación o invalidación.

Si se dispone o no de un método de descubrimiento de las hipótesis explicativas es una cuestión discutible y que, si bien en general hay consenso en el sentido propuesto por Ferrajoli, no lo es menos que puede ser replanteada, sobre todo desde la consideración de otro tipo de operaciones, como las propuestas por algunas corrientes de la Semiótica; pero como el tema, actualmente esta siendo objeto de una investigación que tengo en curso y al no haber aún llegado a conclusiones satisfactorias, creo prudente no innovar al respecto.

La acusación presenta su hipótesis de los hechos históricamente acontecidos en una narración y ofrece la prueba de la verdad de la misma. Primer aspecto de su caso. Se distinguen así los hechos de la historia y los hechos a producirse en el proceso tendientes a corroborar la historia, es decir la prueba. Ante ello

la Defensa tiene por lo menos dos alternativas:

a) Negar totalmente los hechos de la historia, por tanto negar la hipótesis tal como la presenta el Fiscal en la acusación o b) Aceptar los hechos relativamente, es decir aceptar la hipótesis en general pero modificándola en particular y por relación a ciertos aspectos fácticos.

En ambos casos el Defensor enfrenta la situación de proponer su propia hipótesis acerca de que los hechos, en el sentido de que no ocurrieron o que no ocurrieron como los presenta la acusación.

Tanto si niega los hechos como si niega ciertos aspectos de los mismos debe ofrecer una contra prueba, en una palabra debe sostener en el campo empírico su propia hipótesis de la misma forma en que lo debe hacer el Fiscal en la acusación, posibilitando el interjuego del contradictorio, para ello debe poseer ciertas habilidades epistemológicas para la búsqueda de la verdad, y desarrollar estrategias cognitivas que la aseguren.

Dos cuestiones surgen como problema, una relativa a qué es lo que la defensa debe probar, y la otra cómo lo hará.

La primera está en relación con los hechos hipotetizados por el Fiscal y por tanto cómo obtiene o construye su hipótesis la acusación. Si se tratara de un sistema acusatorio pleno, las investigaciones preliminares sustentadas en hechos que evocan aquellos abstractamente definidos en la ley penal, le suministrarían los elementos básicos para producir su hipótesis, las pruebas y su dirección para corroborarla.

Sin embargo, en general en los sistemas procesales argentinos estos hechos o rastros que indican la posibilidad de la realización de un delito, pueden ser objeto de investigación por la policía y otras fuerzas de seguridad con funciones similares, prevención policial, por el Juez de instrucción o por el propio Fiscal en

determinados casos, por ejemplo en el Código Procesal nacional, cuando una denuncia se efectúa ante el Juez o ante el Fiscal.

Por tanto, la organización de determinados rastros a partir del sentido que adquieren por relación a un delito prefigurado en la ley, en función de construir una hipótesis que dé inicio a un proceso penal, no es privativa del Fiscal hasta la etapa de elevar a juicio la causa, y aún así, le surgirán contingencias si el Juez de Instrucción no comparte sus criterios.

Como queda visto y ya lo anticipara, en la instrucción quien delimita y decide acerca de la hipótesis delictiva a investigar es el Juez de Instrucción, aún cuando sus decisiones puedan ser objetadas por el Fiscal y la Defensa.

No obstante que el dominio preponderante de la actividad probatoria inherente a esta etapa la tiene el Juez y el Fiscal, la Defensa puede sugerir pruebas surgiendo así el interrogante ya planteado de qué debe probar.

Si la hipótesis se construye sobre rastros que evocan delitos, la primer cuestión que deberá enfrentar será la contraprueba de los rastros, es decir una prueba por la cual pueda desbaratar los rastros, o que haga variar el sentido de los mismos.

Ahora bien, no puede concebirse que la Defensa actúe exclusivamente desde el contenido fáctico de la hipótesis de la instrucción, por cuanto tanto el Juez como el Fiscal proceden por referencia al texto de la ley, particularmente por referencia al concepto definido en la ley, que es el elemento que le da sentido a los rastros; consecuentemente la Defensa también deberá obtener su contraprueba en forma referencial, es decir construyendo su propia hipótesis por relación al texto de la ley y por relación a la hipótesis de la instrucción, en la medida en que lo que intentará será refutarla.

Aun cuando el Defensor no formule su hipótesis en las primeras etapas de la instrucción, por lo menos hasta, por ejemplo el momento en que pueda impugnar una decisión de procesamiento, la propuesta de producir ciertas pruebas deberá estar guiada en su estrategia por lo que he sostenido en el párrafo anterior, su propia hipótesis acerca de lo acontecido, es decir los hechos ocurridos, la relación de ésta con la de la instrucción y los abstractamente contenidos en la ley-

Permanentemente se moverá en su estrategia entre el caso de la instrucción y el suyo con el objeto de probar que el suyo es verdadero.

Es verdad que esta etapa del proceso es preparatoria del Juicio, y por tanto en principio, la prueba no tiene otra función que darle sustento a la acusación; pero, también hay que considerar que la instrucción puede terminar en sobreseimiento si se obtiene prueba que desbarate los hechos y su sentido, que conformaron la hipótesis liminar. Por ello es absolutamente válida desde este punto de vista la actividad de la defensa tendiente a lograr estos resultados.

Corresponde ahora determinar cómo lo hace. En cierta forma ya se ha anticipado esto en el análisis de lo que debe probar, se impone entonces completar la idea.

Cómo probará los hechos de su hipótesis, guarda relación con los medios de prueba disponibles, que en esta etapa están limitados porque el Juez tiene la decisión acerca de producción o no; los que fueron utilizados por la prevención, el Fiscal y el propio Juez. Pero, además, guarda relación con la estrategia cognitiva que pueda organizar a partir de los datos producidos por los otros sujetos y los que pueda representarse como útiles. Por tanto esta cuestión está interrelacionada con las operaciones cognitivas concretas que pone en juego en el acto de defensa.

8. Operaciones Cognitivas

El pensamiento organiza los hechos o acontecimientos, aún los cotidianos, conforme esquemas de relaciones causales, de semejanza y contigüidad.

Sin embargo hay que distinguir claramente entre los hechos a reconstruir objeto de la hipótesis y los hechos probatorios que permitirán probar su ocurrencia en función de distinguir los tipos de operaciones cognitivas.

Tal vez la inferencia causal constituya el esquema más frecuentemente utilizado, hay que precisar, sin embargo, qué datos, de los disponibles, serán utilizados en el razonamiento. Puedo afirmar que serán aquellos obtenidos en el proceso, los hechos del proceso y no los hechos de la historia, porque precisamente la historia de lo sucedido se reconstruirá con esos datos. Hay que recordar que, en la instrucción el dominio de la producción de los datos lo tienen otros actores, y no el Defensor lo que lo obliga a operar permanentemente por relación a los mismos, y en función de ellos intentar obtener los suyos para poder reconstruir su versión de la historia.

También dije que la Defensa organizaba los datos, entiéndase los datos del proceso, por relación a un marco de referencia constituido por, la hipótesis de la instrucción, su propia hipótesis y la definición legal. Ahora bien, hay que considerar que, el marco de referencia podría estar constituido además, por ejemplo por valores éticos, lo cual excedería la dimensión estrictamente cognitiva, variando así el esquema de organización.

La riqueza de las posibilidades de inferencia causal del Defensor dependerá del mayor o menor número de datos de que disponga y efectivamente utilice en la inferencia causal y no causal, y de aquellos que imagine como probables de producirse y consiga producirlos con utilidad para el razonamiento. Cuanto más datos coordine, mayor será el resultado cognitivo.

El Defensor podrá así obtener una red de hechos y conexiones causales entre ellos que conformarán, en una primer dimensión, la estructura y sus características en la cual organizará sus datos, estructura solidaria de la representación que el Defensor tendrá de lo históricamente acontecido a partir de los datos del proceso, y que propondrá, en un caso como hipótesis alternativa.

Las dos operaciones lógicas, inducción y deducción son utilizadas por el defensor en sus razonamientos. El autor citado anteriormente, Ferrajoli², asigna la primera a la obtención de los hechos, inducción fáctica, en cambio por los dos modos del silogismo deductivo se puede obtener: por *modus ponens* la confirmación de las pruebas de las hipótesis, y por *modus tollens* la negación de las hipótesis de las contra pruebas.

Concluyendo, en tanto la acusación y el Juez de instrucción respeten en la formulación de sus hipótesis las operaciones lógicas indicadas, inducción en la recolección de datos y los dos modos del silogismo deductivo para su justificación, la defensa podría articular con el mismo tipo de operaciones lógicas sus hipótesis alternativas, sus contrapruebas e invalidar las que a su vez proponga como refutación el Fiscal.

El derecho aplicable: He señalado que desde el inicio los rastros cobran sentido por relación a la determinación abstracta del hecho en la ley. De modo que una vez reconstruida la historia hay que confrontarla con el esquema legal.

Esta relación implica una operación de subsunción del hecho concreto en el hecho abstracto contenido en la ley, para lo cual es necesaria una previa operación de interpretación del esquema normativo.

También en este caso el Defensor pone en juego su epistemología jurídica. Deben consi-

derarse los procedimientos y estrategias que serán adecuados para el reconocimiento de la ley aplicable al caso.

Condiciona la tarea, el mayor o menor grado de determinación del supuesto de hecho legal. Cuanto más determinado sea el hecho menor será el número de hipótesis alternativa de interpretación que se puedan generar.

Aparentemente ello podría suponerse constituiría una desventaja para la defensa, sin embargo el mayor grado de determinación del hecho constituye el núcleo de la garantía de legalidad, por tanto no puede evaluarse en ese sentido, consecuentemente el esfuerzo de la defensa debe extremarse en las particularidades del hecho concreto que puedan ser calificadas a favor de su defendido.

El procedimiento de selección del derecho aplicable al caso implica, obviamente, operaciones de rastreo o exploración de las reglas legales con operaciones por las cuales se pone en relación el caso y la ley, si se logra la subsunción la regla queda seleccionada, de modo tal que, respecto de la ley aplicable al caso la Defensa también puede plantear hipótesis alternativas.

Ahora bien, la tarea de la Defensa no se reduce a verificar o controlar la subsunción que propone el Fiscal o el Juez de instrucción, sino en proponer una o varias alternativas que mejoren la situación de sus asistido, sin duda siempre y cuando la regla le dé un margen de interpretación suficiente.

El sistema procesal tiene reglas de interpretación que establecen limitaciones tales como el *in dubio pro reo* y la prohibición de la analogía, relacionadas con el principio de inocencia y de legalidad.

2 FERRAJOLI, Luigi, ob.cit. pag. 141 a 145. En un sentido parecido, BINDER Alberto, en Justicia Penal y Estado de Derecho Cap. I. Ed. Ad-Hoc 1993)

Condiciones de la subsunción: La operación lógica por la cual se subsume el caso concreto en la ley es una deducción, es decir que la regla y el caso deben haber sido convenientemente individualizados antes de ser puestos en relación.

En la primer parte de este trabajo se analizó cómo se obtiene el caso, organizando los rastros por evocación del hecho abstracto contenido en la ley, y luego provisoriamente reconstruyendo el hecho históricamente acontecido con la actividad probatoria.

La obtención de la regla contenida en la ley se logra tomando todo el sistema jurídico, y con una operación de exploración se va correlacionándolo con el caso hasta lograr la aproximación, obviamente en esta tarea se van descartando reglas y seleccionando en todo un proceso lógico aquellas cuyo contenido se aproxime a las circunstancias del caso.

Se toma todo el sistema porque las reglas no se encuentran exclusivamente en el sistema legal penal. Si bien es cierto que las reglas específicas son halladas en la legislación penal, no lo es menos que el contenido de las mismas viene condicionado, sobre todo en su legitimidad y validez por normas constitucionales; asimismo pueden encontrarse permisos de la acción o definiciones de términos en otras áreas del sistema distintas de la penal. Por tanto, al rastreo debe agotar las posibilidades de hallar una regla y las condiciones de su interpretación.

Aún cuando toda la operación de búsqueda no arroje un resultado positivo, en el sentido de obtener la subsunción, el sistema tiene reglas que resuelven este problema, por ejemplo los sobreseimientos definitivos porque cuando no se sostiene la imputación, opera entonces la garantía de legalidad.

La matriz lógica de operación u operacional que posee el Defensor le permite realizar todas estas operaciones de identidad, negación

correlación y reciprocidad; se observa que primero intenta las correlaciones, verificada la identidad obtiene sus premisas empíricas y jurídicas y puede pasar al razonamiento deductivo. La función de clasificación es la preponderante.

Obtenida la regla y el caso por deducción se logra la conclusión por la cual se imputan normativamente las consecuencias. Esta es una operación lógica de deducción por la cual se concluye que el caso está comprendido en la regla, por ende puede ser clasificado como delito de una determinada especie.

9. Estrategias de Defensa, función de la teoría del delito

Hasta ahora se ha visto que incluso en la selección de la prueba la habilidad cognitiva del Defensor, si bien se concretaba y desplegaba por referencia a otro relato y al texto de la ley que le servían como guía de interpretación provisoria del sentido de los rastros, no lo es menos que utilizaba su propio criterio, es decir hipótesis de trabajo generadas a partir del mayor o menor conocimiento del fenómeno que enfrentaba. Probablemente podría haberlo incrementado con la colaboración de algún sujeto con competencia especial, los peritos suelen ser de gran ayuda en la selección del tipo de prueba, o por propia formación en el área, o conocimientos especiales de criminología.

Sin embargo el problema de la aplicación de la ley al caso requiere de habilidad y competencia en el Defensor, entendida ésta última como conocimiento del campo de acción. De allí que el Defensor necesita tener formación teórica en Derecho, primero para poder reconocer el sistema que utilizará, y segundo para instrumentar las técnicas de aplicación.

Los esquemas conceptuales y las explicaciones contenidas en las teorías penales y procesales constituyen las herramientas para solucionar estos problemas.

Esta afirmación no quiere decir que, con relación a los hechos la acción del Defensor no fue guiada por un esquema similar aún cuando no estrictamente jurídico, por el contrario, las contra-hipótesis y las hipótesis explicativas que construyera operaron como reglas de teoría, hay que recordar lo que se citó de Ferrajoli y cómo justifica éste autor el uso de la deducción.

Siempre entre los hechos y la ley aparecerá como mediador el esquema teórico posibilitando la aplicación de la misma. Al respecto Enrique Bacigalupo (1994)³ es preciso al sostener que "El sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley al caso. En este sentido es posible afirmar que la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal". Y, luego agrega "Desde este punto de vista, la teoría del delito cumple una doble función mediadora. Por un lado media entre la ley y la solución del caso concreto, es decir, entre la norma general, que expresa la valoración del legislador, y la concreción de éste en una norma particular que decide el caso concreto. Por otro lado, existe también una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley".

Los modelos teóricos le marcan pautas o tipos de acciones a realizar, incluso secuencias ordenadas. Por ejemplo, la secuencia analítica del concepto del delito lleva a que se organicen los datos en construcciones que van desde las características de la acción, a las circunstancias de hecho que condicionan la justificación, luego aquellas relativas al sujeto y sus condiciones personales de responsabilidad.

En párrafos anteriores he señalado que el Defensor se mueve permanentemente de lo empírico a lo jurídico mediado por la teoría, elemento transductor fundamental.

El modelo teórico que utilice le proporcionará el criterio para interpretar el sentido jurídico de los hechos, posibilitándole la argumentación con la cual concretará sus acciones de defensa.

10. Impugnación de resoluciones

No desarrollaré en detalle todos los tipos de resoluciones que pueden producirse en esta etapa, y por ende la estructura de las impugnaciones de las mismas que pueda hacer el defensor, pues en general el esquema de acción de la defensa se va repetir. Me limitaré, entonces a dos modelos suficientemente ilustrativos, la que decide la situación del imputado, auto de procesamiento, y las que resuelven planteos de nulidad.

En el procesamiento, con las características propias de la instrucción, se decide acerca de la imputación. En general el procesamiento constituye un pronunciamiento acerca de la existencia del hecho, y de la responsabilidad del sujeto que implica, la relativa prueba de los hechos y la individualización de la ley aplicable al caso, no tiene carácter definitivo pues la decisión no pone fin al proceso, así como no implica un pronunciamiento que sustente la aplicación de la pena.

En principio las dos circunstancias apuntadas, prueba de los hechos y del derecho aplicable, constituirán condicionamientos de la acción impugnativa, es decir que la Defensa para lograr un cambio en la segunda instancia deberá atacar con sus argumentos estas dos cuestiones. Aquí es donde cobran mayor fuerza las hipótesis alternativas acerca de los hechos y el derecho, y sus respectivas justificaciones.

Al no poder modificar las circunstancias de hecho del proceso, es decir la prueba, sus operaciones deberán versar sobre los argumentos de la prueba que justifican la historia. La historia en sí misma no tiene relevancia como no sea por relación a su prueba, es decir al ser la

3 BACIGALUPO Enrique, Lineamientos de la Teoría del delito, 3era. Ed. 1994, Hammurabi, pag. 25ys.s.

reconstrucción probada, y no meramente imaginada, lo pertinente es atacar la argumentación que justifica la reconstrucción por esa prueba.

Lo mismo ocurre con relación al derecho, lo que se atacará en la impugnación serán los argumentos que sostienen la verificación.

También puede motivar la impugnación una cuestión de validez o legitimidad, no profundizaré el tema porque excede el propósito del trabajo, pero debo señalar que, igualmente en estos casos la acción de defensa opera sobre argumentos, es decir es una tarea plena de refutación.

Así como el Defensor preparó el campo para la refutación con la verificación produciendo contra-pruebas y obteniendo reglas con las que formuló sus hipótesis alternativas, en la impugnación la función se concreta exclusivamente en campo argumental, acción de refutación.

11. Núcleos problemáticos correspondientes al juicio

En esta etapa se produce la contienda con cierto nivel de equilibrio entre las partes, pues tanto la acusación como la defensa tienen disponibilidad sobre la prueba a producirse.

Las operaciones que caracterizan la acción de la defensa en su estructura son similares a las descritas en el punto anterior, solo que ahora a diferencia de la etapa instructoria puede concretar realmente la alternativa de la contraprueba, pues no está condicionada por la aceptación del Juez instructor.

La secuencia comienza con la hipótesis fáctica y jurídica del requerimiento de la acusación. Se vio que en la instrucción, al ser una instancia de recolección de datos, no definitiva pero suficiente para posibilitar la acusación, la acción de la defensa se realizaba por relación a una

diversidad de acciones, tales las de la prevención, del Fiscal y del Juez de instrucción; no ocurre lo mismo en la etapa de juicio, pues en el requerimiento de elevación a juicio se fijan definitivamente las hipótesis fácticas y jurídicas de la acusación, las cuales serán objeto de la contienda. Es decir que la Defensa debe operar directa y únicamente sobre y a partir el contenido del requerimiento.

Hay que recordar que, en general, todos los códigos procesales establecen que luego de elevada a juicio la causa, tanto acusación como defensa tienen la oportunidad procesal de ofrecer y producir la prueba que crean pertinente, terminada la producción de la misma se concreta la acusación, acto por el cual el Fiscal establece las correlaciones entre las hipótesis fácticas formuladas provisoriamente en el requerimiento y las verificadas por la prueba producida durante el juicio, y confirma o modifica según hayan sido los resultados las hipótesis jurídicas, quiere ello decir que básicamente justifica las premisas fácticas y jurídicas a partir de las cuales pretende que el Tribunal se pronuncie emitiendo su fallo.

Por consiguiente la defensa cuya función es desbaratar primero ambas hipótesis; la etapa que sigue es la de ofrecimiento y producción de la prueba, deberá, sino lo hizo durante la instrucción, confrontar sus hipótesis fácticas y jurídicas con las del requerimiento para proponer las pruebas que considere útiles para verificarlas, así como la contraprueba que desbarate las hipótesis del Fiscal.

Las estrategias y los actos cognitivos presentan la misma estructura de los ya analizados en la etapa instructoria, por lo que considero innecesario volver sobre lo mismo.

La única diferencia observable radica en que el proceso de formulación, prueba y justificación de las hipótesis está perfectamente diferenciado, lo cual ordena las acciones de ambas partes de la misma forma.

La etapa concluye con la acusación y la defensa propiamente dichas. Las estrategias y operaciones cognitivas marcaron los esquemas de acción de la defensa en el ofrecimiento de prueba. En la defensa, entendido el acto formal por el cual se responde a la acusación, verdadero contradictorio, las acciones se organizan en función predominantemente de la refutación.

La estrategia a utilizar no se puede pre-determinar, si es posible señalar que tipo de cuestiones deben tratarse si la acusación cumple con las prescripciones legales que la vuelven válida, es decir sí, se afirman los hechos y el derecho con claridad y precisión y se justifican estas aserciones con argumentos válidos, la defensa tendrá diversas alternativas dependiendo de que, niegue los hechos y el derecho, acepte los hechos y niegue el derecho, acepte los hechos parcialmente y niegue el derecho, o acepte los hechos y niegue el derecho parcialmente. Pueden explorarse otras combinaciones, pero siempre el eje será operar sobre las hipótesis de la acusación para refutarlas, a partir de contrapruebas y pruebas que sostengan contra hipótesis e hipótesis alternativas.

Ferrajoli dice que se afirman las hipótesis por el razonamiento lógico propio del *modus ponens* y se refutan por *modus tollens*.⁴ Justifica el tipo de razonamiento, tanto inductivo para la obtención de hipótesis como deductivo para su confirmación o refutación. Hay que tener en cuenta sin embargo las consideraciones de Perelman respecto del razonamiento dialéctico.⁵

La última cuestión que quiero dejar simplemente planteada es cómo resuelve una u otra estrategia de defensa. Aparece aquí una cuestión

de valoración, no se trata ya de los co-nocimientos adquiridos acerca del caso, sino frente a las alternativas enfrentar el dilema. El punto amerita un análisis especial, pero no por ello deja de ser sumamente problemático, es obvio que excede el objeto del ensayo, pero llamo la atención al respecto por cuanto el éxito de una defensa depende, en un grado muy importante, de esta decisión.

Estoy de acuerdo que, en la selección de los datos, de la prueba, y general en la consideración de los rastros hay decisiones, la acción de la defensa no es neutra, es decir que hay componentes valorativos, así como coincido en que se aborda la realidad misma cargado de teoría como sostienen muchos epistemólogos, pero ello no invalida el conocimiento que obtienen, pero pese a todo, siempre la función lo llevará a elecciones teñidas de valor, sin ir más lejos, aquellas fundadas en el principio de inocencia operando como eje de la decisión.

Trabajos existentes: Cabe consignar que se han producido importante investigaciones relativas a los problemas de la argumentación jurídica. Es indudable que, una acción de defensa excede lo cognoscitivo, y que sus estrategias más importantes por lo decisivas para la situación de sus asistidos, se operan en la argumentación, no en vano hay coincidencia en que su acción principal es la refutación.

No me he propuesto entrar en ese terreno, simplemente intenté sumariamente aislar algunas situaciones y establecer tipos de acciones de defensa corresponden a las mismas, y particularmente reflexionar acerca de las operaciones cognitivas que un defensor se ve necesitado de

4 FERRAJOLI Luigi, ob.cit. pag.145. « Conviene subrayar que el razonamiento probatorio, como cualquier razonamiento inductivo por lo demás, procede no sólo lógicamente sino también pragmáticamente.... "Al afrontar un problema no se registran indistintamente todos los datos y los hechos del mundo, sino sólo aquellos relevantes respecto de una o varias hipótesis de solución; y no se parte de todas las hipótesis imaginables sino sólo de aquellas plausibles, aunque sólo sea lejanamente. Es claro que esta selección de las hipótesis que se han de poner a prueba y de las pruebas que se han de practicar está guiada, además de por nuestra intuición, por el conjunto de nuestros conocimientos, tal y como resultan de los llamados "hechos notorios" y de las llamadas "máximas de experiencia". Pero estas máximas permiten inferir deductivamente no ya las hipótesis de las pruebas recogidas, como pretenden las falsas generalizaciones incluidas en los esquema (a) y (c) propios de las pruebas legales –sino a la inversa- las pruebas de las hipótesis por *modus ponens* o la negación de las hipótesis de las contrapruebas por *modus tollens*." Ed. Gredos. 1989.

5 PERELMAN Ch. La lógica Jurídica y la nueva retórica. Ed.Civitas. 1988, pag. 10.

realizar en determinados contextos, es decir por condicionamiento del contexto.

Hay, sin embargo importantes investigaciones respecto de la argumentación en el campo jurídico, dos de ellas muy relevantes porque enfrentan el problema acerca de los esquemas lógicos utilizados en general por los actores de los discursos jurídicos; uno de ellos es Perelman⁶, y el otro es Vignaux⁷.

Ahora bien, la intención de este ensayo no fue otra que, como lo dijera en el párrafo anterior, tomando los distintos momentos en que debe actuar la defensa establecidos en las reglas legales, más las condiciones que éstas y las garantías le imponen, reflexionar cómo debería usar su pensamiento en las distintas ocasiones para obtener los resultados propios de su función.

El sentido del ensayo está dado por la propuesta de comenzar a hacer algo para mejorar la Defensa Pública en América Latina; ello implica aislar problemas, tender líneas de investigación que se hagan cargo de los mismos; producir conocimiento por los menos en las tres áreas, cognitiva, argumentativa y por último valorativa.

Se conoce poco o nada del universo de acciones defensivas públicas concretas, no tengo información de que esté en ejecución algún proyecto de investigación, por lo menos exploratorio para aislar variables para organizar una investigación que tenga por objeto explicar en Latino América cómo se ejerce la Defensa Pública.

Hay si publicaciones acerca de la Defensa en el proceso penal, muy importantes, pero de lo que aquí se trata es de cuestiones operativas, la defensa en acción, siendo que el pensamiento es acción según Piaget.

A la fecha tengo en desarrollo un proyecto de investigación, acerca de *La Función de la Teoría del Delito en la Decisión Judicial*. El análisis del mismo tema en el ejercicio de las acciones de defensa, constituye un estudio lateral del tema principal, pero de todas formas una de las dimensiones del problema, aún cuando no la única.

Si el defensor va operar interpretando hechos y derechos utilizando como herramienta las teorías jurídicas, es evidente que debe procurársele una adecuada formación en tal sentido. Las habilidades en el manejo o utilización de recursos teóricos se adquieren con entrenamiento especial que comprenda la incorporación de los contenidos teóricos, y el uso de esos contenidos en situaciones de aprendizaje que reproduzcan la actividad de la defensa en un caso real.

Muchos defensores realizando metacogniciones de sus propias praxis enriquecen sus habilidades, sin embargo no puede dejarse librado, exclusivamente, el incremento de las mismas a operaciones cognitivas de este tipo que por sucesivas equilibraciones logren el propósito de mejorar la performance de la Defensa, pues es azaroso.

Considerando los campos en los que debe actuar, empírico y jurídico, sería razonable mejorar las herramientas teóricas con las cuales enfrentar y comprender el fenómeno de la criminalidad; entrenarlo en el pensamiento lógico, y en técnicas de argumentación. En general todo aquello que abra las posibilidades de sus acciones para que logre una mayor eficacia.

Por último hay que pensar que en épocas como las actuales la Defensa Pública cumple, además de la función técnica, una de fuerte contención social, tanto en el campo penal,

6 PERELMAN Ch. Y OLBRECHTS Tylteca, Tratado de la Argumentación. La nueva retórica.

7 VIGNAUX Georges. La Agumentación. Ensayo de Lógica Discursiva. Ed. Hachette.1976

como en otros en los cuales debe actuar, como en el derecho civil, tanto asistiendo a menores como pobres; en el campo de la asistencia social, en lo que respecta a las cuestiones previsionales y laborales.

La currícula de la carrera de Abogacía, por lo menos en algunas de las Universidades del País, no está compuesta con contenidos útiles para la solución de algunos de los problemas más graves que deben afrontar los defensores públicos. De allí la necesidad de contribuir con ellos aportando a su perfeccionamiento. ♦
