

**CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL
9,10 y 11 DE SEPTIEMBRE DE 2015.JUJUY
GRACIELA ELIZABETH GOMEZ
JUJUY 1126.telef. 037915270310
CORRIENTES ARGENTINA
gracielaegomez@hotmail.com
COMISION 2: DERECHO PROCESAL PENAL
TEMA; ROL DE LA DEFENSA EN LA ETAPA PRELIMINAR**

SÍNTESIS DE LA PROPUESTA:

Lo que realmente motiva a un abogado defensor penal, no es otra cosa que la pasión, única forma de llevar adelante el ejercicio profesional de la defensa penal con efectividad. El rol del defensor, trasciende a la persona del imputado, porque lo que verdaderamente se defiende son los intereses de aquel que se encuentra en conflicto con la ley penal, y en definitiva, con el estado de derecho. Es muy difícil ejercer este verdadero ministerio sin tener bien en claro que este trabajo va a ser bastardeado y atacado por la opinión de mucha gente que ve con malos ojos esta labor –incluso abogados, jueces y fiscales-, por el solo hecho de la repulsión que les genera la persona llamada -muchas veces prejuiciosamente- delincuente. Resumiendo, lo que les propongo con estas breves consideraciones es aproximarnos al panorama con el que se encuentra el defensor penal durante la IPP, a partir de una serie de pautas de actuación que indican la experiencia y la práctica, reglas no escritas que entiendo de suma utilidad para el ejercicio de la defensa penal en esta etapa del proceso.

INTRODUCCIÓN.

Investigación preliminar o preparatoria

La vulgarmente llamada IPP, es la primera etapa del proceso penal, y tiene como propósito, mediante una serie de actos previstos por la legislación procesal, corroborar si un determinado hecho constituye un delito, recolectar, incorporar y conservar la prueba, identificar a los partícipes y preparar en general todos los elementos necesarios para la celebración de la segunda etapa del proceso penal, el juicio propiamente dicho. En definitiva, busca el cómo, el porqué, el donde, el cuándo y el quién del delito investigado, procurando hallar la verdad histórica. En esta etapa, se suceden una serie de cuestiones que trascienden la mera investigación y recaen sobre las personas sometidas al proceso, y que cuando las circunstancias lo autorizan, importan hasta la pérdida de la libertad ambulatoria de los sospechados, cuando esta es considerada necesaria para garantizar los llamados fines instrumentales, la averiguación de la verdad y el sometimiento del imputado al proceso. En consecuencia, no solo se trata de una etapa de reconstrucción de la verdad histórica, sino de verdadera afectación y limitación de derechos individuales –muchas veces arbitraria-, donde no solo se ve afectada la tranquilidad, el honor y la reputación de la persona en conflicto con la ley penal, sino comprometida y más veces que las realmente deseadas, la libertad ambulatoria, constituyéndose esta como la madre de las preocupaciones tanto de

los imputados como de su familia y entorno. Sin embargo el movimiento reformista originado en el siglo XVIII en relación a las formas de enjuiciamiento penal, lleva a concretar el derecho de toda persona de poder ejercer su descargo frente a cualquier imputación formulada en su contra. Debido a la fuerte proyección que el mandato constitucional argentino tiene sobre toda la estructura que soporta el sistema de enjuiciamiento penal dentro del Estado de Derecho vigente, se torna inexorable partir del análisis del texto del art. 18 de la Constitución Nacional, que en la parte pertinente dice: ..Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos... Con esta fórmula tan simple no deja margen alguno para las disquisiciones teóricas o para la interpretación en cada caso concreto, acerca de la significación del mandato de los constituyentes de 1853.

La amplitud de la fórmula de nuestro artículo 18 hace que no haya dudas respecto de la extensión de la garantía que consagra, que se proyecta a todo tipo de proceso, y no solo al proceso penal. Más reforzada se ve aún esa interpretación, cuando la normativa supranacional se integra a nuestra concepción de proceso después de la reforma constitucional de 1994, ya que ha quedado claro que toda persona que se crea con derecho, puede recurrir a los tribunales en defensa de ellos.

Y cuando de proceso penal se trata, el art. 18 no queda constreñido a ser invocado por el imputado, sino que puede serlo por cualquiera de los particulares que concurran a integrar la relación procesal que en él se entabla, es decir que la garantía se extiende al eventual actor civil, al demandado civil, al tercero civilmente demandado y hasta al querellante, cuando reclama los derechos que cree que le asisten.

Hay quienes extienden el derecho de defensa hasta al propio representante del Ministerio Público. Por su parte, Maier sostiene, que esta garantía siempre debe ser entendida a favor del ciudadano, como limitativa del poder estatal, jamás a favor del Estado. Tacha de erróneo el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Jofré, Hilda y otra, del 24/03/94, por el que se revocó una sentencia absolutoria del tribunal de grado, a raíz de un recurso interpuesto por el fiscal que alegó, que en el proceso se conculcó su derecho de defensa al haberse excluido una confesión extrajudicial y los elementos de prueba hallados a partir de ella. Esta peligrosa tendencia puede ser evitada –afirma Maier- eliminando todo recurso a favor del Ministerio Público en caso de absolución del imputado.

La inviolabilidad de la defensa en juicio es una garantía fundamental emanada del art. 18 de la Constitución Nacional Argentina y TIDH que conforman el Bloque de Constitucionalidad Federal, se traduce en una serie de poderes o potestades que tienen las partes para defender sus intereses a lo largo del proceso judicial de que se trate, se extiende o es comprensiva de cualquier clase de procedimiento (civil, laboral, administrativo etc.) y no solo del penal, sin embargo adquiere fundamental relevancia y goza de una especial protección en este último atento a que en el mismo se halla en juego la libertad de las personas, vale decir que se lo

considera mas amplio y exigente en el procedimiento penal debido a la relevancia de los bienes que en el mismo se encuentran comprometidos.

Sólo mediante el efectivo y no el mero cumplimiento del referenciado mandato constitucional se podrán ejercitar en un proceso penal todas las demás garantías que la ley fundamental ofrece.

Por consiguiente, corresponde reconocer la vigencia de la mencionada norma constitucional desde el inicio y hasta la finalización del proceso penal y aún durante los actos pre-procesales, vale decir durante el desarrollo de las diversas etapas del mismo, preparatoria, juicio plenario, eventual recursiva y de ejecución de sentencia.

Así, la defensa en juicio se presenta como una limitación al poder punitivo del Estado y su objeto en sentido estricto es proteger a la persona a quien afecta la pretensión represiva penal, esto es al imputado, del eventual uso arbitrario de esa potestad represiva estatal, mediante el ejercicio de poderes y derechos tendientes a probar su inocencia o encaminados a disminuir o atenuar su responsabilidad, sin perjuicio de poder ser invocado asimismo por los demás individuos que necesaria o eventualmente intervienen en un proceso penal determinado, a quienes también se extiende obviamente el derecho de defensa.

En conclusión, básicamente la garantía analizada significa que a lo largo de todo el proceso penal se le debe garantizar al encausado la efectiva posibilidad de defenderse, - defensa material-defensa formal o técnica- a fin de evitar una sentencia condenatoria y sufrir consiguientemente un castigo.

II. LA DEFENSA EN ARGENTINA:

Abordar la vigencia del derecho de defensa en Argentina y los países de Latinoamérica importa remitirse a un contexto donde la disociación entre la ley y la praxis legal se revela, prácticamente, absoluta. En efecto, si bien la mayoría de los ordenamientos nacionales cuenta con dispositivos legales que llevan a pensar en una garantía adecuadamente tutelada, la realidad nos habla de un deficiente acceso a la justicia, imputable -en la órbita del Derecho Privado- a la dificultad de los ciudadanos de escasos recursos para contar con un asesoramiento jurídico gratuito o asequible, que torne viables sus demandas y -en el ámbito del derecho represivo- a una inadecuada protección de las garantías de los justiciables frente al poder punitivo del estado

Aun cuando el fenómeno es perfectamente verificable en la operatividad de cualquiera de las ramas del Derecho, adquiere su matiz más perturbador en el ámbito de actuación del derecho penal. En este espacio la violación al derecho de defensa suele revestir formas insidiosas, vinculadas tanto a la reiteración automática de comportamientos burocráticos como a la asunción de falacias sobre la esencia misma de lo que implica realmente esta garantía, acentuándose aún más en la etapa preparatoria del proceso.

Esta efectiva falta de defensa sustantiva no es exclusiva de esta América morena sino también de los EEUU donde se puede constatar y percibir como se desnaturaliza, en los hechos, la afirmación de que la defensa pública, entendida como un servicio organizado, supervisado y -en caso necesario- subvencionado por el Estado, es un derecho del pueblo y, por ende, una obligación estatal.

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

"Si el proceso penal es un indicador político a decir en palabras de Werner Goldschmidt un sismógrafo para detectar los elementos democráticos o autoritarios de un Estado y el estado de derecho requiere del sistema penal acusatorio, y si la eficacia de éste depende de la real satisfacción del derecho de defensa de los desapoderados, por carácter transitivo puede afirmarse que, de la provisión de una defensa real, dependerá la satisfacción de una de las condiciones básicas de existencia del estado de derecho".

II.- STATUS CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por las particulares características que reviste haré una referencia puntual al sistema normativo nacional, donde puede visualizarse con claridad la contradicción señalada.

A partir de la reforma constitucional de 1994 nuestro país cuenta con una Carta Magna que crea la figura del Defensor General de la Nación como cabeza del Ministerio Público de la Defensa, independizando a la defensa oficial de los extraños maridajes a los que se vio sometida históricamente, esto es, a depender del Poder Judicial primero y luego del Ministerio Público Fiscal, situación, esta última, en la que se daba el contrasentido de que un mismo personaje, el Procurador General de la Nación, fuera simultáneamente el jefe máximo de las dos partes del contradictorio.

El texto constitucional en su artículo 120 consigna: "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".

De tal suerte se concibe inteligentemente al Ministerio Público como un órgano bicéfalo, reconociendo así que la misión del Estado en punto a ejercer la acción penal en procura de la sanción de los culpables tiene similar rango que la obligación de ese Estado de defender a todo individuo objeto de persecución penal, en particular en aquellos casos en los que el imputado no cuenta con posibilidades de asegurarse su propia defensa, ya sea contratando a un abogado particular o ejerciéndola por sí.

EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Si bien la directriz constitucional se consolidó con el dictado de la Ley Orgánica del Ministerio Público (N° 24.946, de marzo de 1998), la debilidad a la que se condenaba a tal institución -y la opción por la actividad acusatoria que el Estado privilegiaba- quedó fielmente reflejada al establecerse un número sensiblemente inferior de recursos humanos y materiales para el Ministerio Público de la Defensa, en comparación con los asignados al Ministerio Público Fiscal, pese a que la atención de los acusados en sede penal se encuentra prioritariamente en manos de defensores oficiales. Tal característica alcanza su máxima expresión en la etapa de juicio oral, donde, debido al significativo aumento de la pobreza y al excelente concepto del que gozan la mayoría de los magistrados que integran el plantel de Defensores Oficiales, se incrementa año tras año la cantidad de personas asistidas por el servicio público.

Así, en la Ciudad de Buenos Aires, mientras que en el año 1994, a poco de puesto en práctica el Código de Procedimientos que establecía el juicio oral, la Defensa Oficial absorbía el 65% de los casos que llegaban a debate, en el año 1999 dicha cifra había ascendido al 82% para alcanzar, en el primer semestre del año 2000, la suma del 92% y orillar, en la actualidad el 95%.

Resulta así evidente que cualquier desproporción significativa entre los recursos asignados al Ministerio Público Fiscal y los que se defieran para la defensa conlleva una violación del mandato constitucional. Simultáneamente, en la misma reforma de la Carta Magna, se otorgó jerarquía constitucional a la totalidad de los tratados sobre derechos humanos suscriptos hasta ese momento por la República Argentina (la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas) y se estableció un mecanismo para que se le otorgue tal calidad a los nuevos documentos internacionales de ese ámbito que se suscriban.

Cuatro de esos once instrumentos efectúan referencias expresas al derecho de todo acusado por la comisión de un delito a contar con una defensa adecuada. Así: la Declaración Universal de Derechos Humanos habla de juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (art. 11, inc. 1°); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece como garantías mínimas “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección y hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para

pagarlo” (art. 14, inc. 3, ap. b y d), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) estatuye como garantías judiciales “derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor y derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”; la Convención sobre los Derechos del Niño preceptúa: “Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre esa acción”(art. 37, inc. d) para agregar, en su art. 40, que los Estados Parte garantizarán: “Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa y que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley y en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado...” (Art. 40, b, II y III). Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por su parte, ha establecido que la garantía de defensa en materia penal exige que el juicio se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación mediante la efectiva intervención del defensor. Esta afirmación implica que el Estado debe asegurar a todo ciudadano involucrado en un proceso penal una defensa real y eficaz, que en modo alguno se perfecciona colocando a un funcionario incompetente, desentendido de su rol o agotado por la obligación de llevar adelante un número de tareas imposible de asumir por una sola persona. Dicho en otras palabras, el Estado debe garantizar al acusado una verdadera defensa y no legitimar condenas cumplimentando un ritualismo formal al que se vacía de todo contenido, por lo que se colige que se requiere de una defensa real, efectiva y oportuna.

III.- MINIMOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES.

Esta descripción se adapta perfectamente a los estándares de aplicación efectiva del derecho de defensa en la región que, básicamente, garantizan: a) el derecho del acusado a ser informado de los cargos que pesan en su contra; b) el derecho a defenderse personalmente, en caso de que la legislación interna así se lo permita; c) el derecho a escoger un abogado de confianza: en el caso López Burgos, Sergio Euben v. Uruguay (1981), el Comité de Derechos Humanos consideró contraria al Art.14 (3) (d), PIDCP la conducta de un tribunal militar que había compelido a un acusado a aceptar como defensor a un militar determinado, quien había sido designado de oficio, a pesar de que se hacía aparecer el nombramiento como una elección del imputado efectuada sobre los enumerados en una lista; d) el derecho a que el Estado le designe un abogado sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo o si, contando el acusado con medios suficientes para solventarlo, la imposibilidad de acceder a asesoramiento técnico reconociere otras motivaciones, por ejemplo, haber cometido crímenes aberrantes o encontrarse en situaciones en las que el ejercicio libre de la profesión de abogado

se encuentra garantizada por las leyes de modo formal pero existe un temor generalizado en los círculos jurídicos de un determinado país a ser perseguidos o a sufrir males de gravedad por hacerse cargo de la defensa de un imputado o de cierta clase de imputados. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el punto afirmó que “la defensa de un acusado [...] en modo alguno puede servir de base para atribuir maliciosamente y sin fundamento alguno, una vinculación del abogado defensor con actividades ilícitas que falsamente se le imputen a su patrocinado; y que la falsa acusación [...] constituye una amenaza al libre ejercicio de la profesión de abogado y afecta, además, una de las garantías fundamentales de la administración de justicia y del debido proceso, como es el derecho a la defensa establecido en el artículo 8 (2) (d) de la Convención Americana” (Informe No. 27/94, caso No.11.084, 30 de noviembre de 1994, Salinas Sedó, Jaime y otros c/ Perú). Con suma claridad, sentando una línea jurisprudencial que no debería admitir discusión en cada uno de aquellos países en los cuales están vigentes los instrumentos de protección de los derechos humanos de referencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Castillo Petruzzi, fallado el 30 de mayo de 1999, específicamente consignó: 1) que el numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que a toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación de la Sala; 2) señaló como ejemplo de imposibilidad de efectivo ejercicio de la defensa la circunstancia de que el inculcado fuera condenado en base a una prueba nueva que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir; 3) afirmó que en el caso se encontraba perfeccionada la violación al derecho de defensa en juicio en virtud de la restricción a la labor de los abogados defensores y de la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo. Resaltó que los inculcados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fue meramente formal. No se puede sostener que los acusados contaran con una defensa adecuada. 4) en casos en que ha quedado demostrado que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, la Corte ha declarado que hay violación del Art. 8.2.d de la Convención.

IV.-INSUFICIENCIA DE LAS NORMAS ADJETIVAS.

Ahora bien, si tan claros son los textos internacionales de derechos humanos y tan incuestionable su interpretación, si tan acorde con esos textos luce nuestra normativa interna, cabe entonces preguntarnos qué es lo que hace que el derecho de defensa se encuentre, en la práctica, absolutamente deslegitimado; cuáles son las razones para que se entienda –por cierto equivocadamente– que este derecho sólo le compete a los inocentes –olvidando que todos los procesados lo son hasta

que exista una sentencia que establezca lo contrario- y para que se establezcan cuerpos de defensa estructuralmente débiles, desfavorecidos e incapaces de llevar a cabo decorosamente la labor que se les encomienda.

Sería ingenuo desconocer que en el ámbito de los operadores del sistema judicial uno de los motivos que conducen a este estado de cosas es la ideología fuertemente inquisitiva que muchos de sus integrantes aún ostentan. Persiste la idea del juez inquisidor, empeñado en una verdadera cruzada en la búsqueda de la verdad, magistrado para quien resulta incomprensible que su camino se vea obstaculizado por artilugios afanosamente colocados por ese estorbo llamado defensa. Más allá del discurso formal, este modelo de juez - ampliamente difundido en nuestra región- íntimamente cree que si el acusado es inocente él lo descubrirá, por lo que es absolutamente innecesario que cuente con defensor alguno y, si el acusado es culpable, como anticipada y premonitoriamente suele sospechar, qué sentido tiene que se lo defienda y, sobre todo, con dinero del Estado. Esta íntima convicción, generalmente bastante alejada de lo que suele ser el discurso judicial, se traduce en un trato casi irrespetuoso hacia la actividad de la defensa, en clara contraposición con el desplegado hacia los representantes del Ministerio Público Fiscal, a quienes visualiza como sus aliados. Ello, por supuesto, no hace más que complicar innecesaria e ilegítimamente la tarea defensiva, incidiendo de manera altamente negativa en un órgano estructuralmente débil.

Resulta de toda evidencia que, en un panorama poblado por jueces con perfiles como el descrito con 500 años de inquisición en sus cabezas , -a los que se suma una pléyade de magistrados con una visión mucho más comprometida con las garantías de los ciudadanos a quienes, sin embargo, por un problema de formación y capacitación , les cuesta adaptarse a la vigencia de los instrumentos internacionales en el ámbito interno-, pretender tornar realidad la paridad de armas entre defensa y acusación es mucho más que una utopía, basta ver en las páginas web el presupuesto asignado a cada Ministerio Público. Va de suyo que tal paridad no resulta sólo requisito esencial de todo sistema procesal de matices acusatorios sino que dimana inequívocamente de las garantías consagradas en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En su magnífica obra Derecho y Razón LUIGI FERRAJOLI describe, simple pero contundentemente, cómo debería funcionar el sistema: "Para que la contienda se desarrolle

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

Para desplegar tal actividad, la Defensa Pública debe ser un cuerpo que cuente con la suficiente cantidad de integrantes como para cumplir con eficacia su cometido, sin forzar a sus miembros responsables a un sacrificio inhumano -y siempre insuficiente a doblegar su voluntad defensiva a fin de que, vencidos, se conviertan en meras piezas decorativas, absolutamente funcionales a un sistema que no parece buscar justicia sino condenas.

“Es más, asumiendo la característica de solución extrema que se reconoce en la actualidad al Derecho Penal, resulta más relevante para la vigencia plena de un Estado de Derecho evitar que se condene a un inocente que asegurar que la reacción punitiva del Estado alcance a un culpable”. Sin embargo, aun cuando se afirma una presunta vigencia absoluta del derecho de defensa, los ataques a su plena operatividad son incesantes y adoptan las más diversas formas. Una de ellas, por ejemplo, devino de la inclusión en los ordenamientos procesales regionales del llamado juicio abreviado, versión autóctona del plea bargaining americano. Este procedimiento, que consiste –básicamente- en privar al acusado de juicio mediante su reconocimiento de responsabilidad para consensuar una pena con el Fiscal, sanción que el Tribunal no podrá aumentar pero sí disminuir e incluso arribar a una absolución (hipótesis estas dos que, por cierto, se dan muy raramente en la práctica) se ha convertido en la panacea de los sistemas de justicia criminal, en tanto lo visualizan como el método perfecto para sacar sentencias lo más rápido posible. Así, el defensor, sea oficial o de confianza, recibe presiones constantes para que aplique tal método en la mayor cantidad de causas posibles, pretensión que resulta altamente facilitada debido al abuso de la prisión preventiva y al desastroso estado de nuestros institutos carcelarios, lo que hace que cualquier inocente prefiera declararse culpable si ello le significa recuperar de inmediato su libertad.

Y, si bien resulta insoslayable reconocer la presencia de jueces respetuosos de las garantías de los justiciables, que cuestionan severamente el mecanismo procesal aludido, lo cierto es que día a día crece su aplicación, bajo la difundida sensación de que, si no se acepta la oferta fiscal, se realiza el juicio y el individuo es condenado, la pena que el representante del Ministerio Público requerirá, acogida favorablemente en la gran mayoría de los casos por el Tribunal, será sensiblemente superior. Esto crea en los defensores conscientes de su rol una verdadera sensación de agobio moral puesto que muchas veces deben actuar contra sus principios y, privilegiando los intereses coyunturales de su pupilo, recomendar la adopción de tal sistema salvo que estén absolutamente seguros de obtener una absolución.

La irracionalidad absoluta de este peculiar injerto procesal y la verdadera afrenta a una recta administración de justicia que importa, nos la ofrece un ejemplo extraído de su lugar de origen. En efecto, en Estados Unidos, donde la aplicación del llamado plea bargaining es masiva, a punto tal que la abrumadora mayoría de las condenas (aproximadamente el 90 %) devienen de su utilización. Frente al panorama que ofrece nuestro país, donde prácticas de este estilo se están expandiendo revestidas de un falso ropaje de eficacia, encaramadas en un discurso de inseguridad falaz, construido mediáticamente y absolutamente ajeno a la verdadera razón de los conflictos sociales relevantes, la única certeza de operatividad de las garantías procesales es una defensa pública con entidad y recursos suficientes como para oponerse al facilismo sancionatorio y al indiscriminado ímpetu represivo que parece afectar a toda la sociedad. Hablamos de defensa pública, pero tampoco escapa el particular, toda vez que, como ya lo señalara, la inmensa mayoría de los casos que son llevados a juicio acuden al servicio oficial. Las razones son claras y el futuro nos lleva a vislumbrar un panorama aún más sombrío. Las políticas económicas imperantes en

Latinoamérica, más allá de discursos bienintencionados, conllevan la necesaria exclusión de un número significativo de ciudadanos, es decir, que cada día va a haber más pobres, absolutamente imposibilitados para acceder a una onerosa defensa particular., en un sistema penal selectivo.

Esto en modo alguno quiere decir que sólo los pobres delinquen, pero sí que son los prioritariamente seleccionados por el sistema penal que, de tal suerte, cumple su rol de controlador social. En una sociedad pauperizada, donde los que mucho tienen son conscientes de la inequidad del sistema de reparto, el reclamo de seguridad que, al mismo tiempo, garantiza el control de los que nada tienen, se hace cada vez más exigente. Y, frente a este reclamo, las fuerzas de seguridad y, de hecho, los distintos segmentos del sistema de administración de justicia, reaccionan como saben y como pueden, esto es, atrapando y castigando a los que caen en sus redes: los marginados, los excluidos, los desfavorecidos socialmente, en otros términos, los fracasados.

Sin embargo, son esos mismos Estados, que consienten o incluso fomentan una política criminal selectiva, los que, para cumplir con sus compromisos internacionales y honrar el texto de su norma fundamental, deben asegurar a cada habitante del territorio nacional una defensa eficaz, que se yerga como barrera de contención frente a los desbordes represivos y luche denodada e incansablemente por las garantías de los individuos confiados a su cuidado. Va de suyo que todos los países que se reconozcan respetuosos de las garantías judiciales contenidas en los tratados de derechos humanos, deberán responder al mismo desafío, asumiendo, de una vez y para siempre que garantizar el derecho de defensa es, simplemente, una de las principales obligaciones de un Estado democrático de derecho.

Para que este esquema funcione, son imprescindibles ciertos requisitos esenciales que hacen al nuevo papel que les compete a los actores judiciales.

Al juez se le exige absoluta imparcialidad; esta exigencia, en la práctica, importa abandonar la actividad tradicionalmente persecutoria que lo caracterizaba, para asumir una actitud necesariamente prescindente que, en el momento de juzgar, deberá traducirse en una decisión incontaminada. Va de suyo que quien acusa, circunscribiendo temáticamente el ámbito de actuación del Tribunal, debe ser “personal e institucionalmente distinto de quien juzga, con el objeto de evitar que este último tenga, aunque potencialmente, una opinión formada previamente sobre el hecho y sobre el acusado, y de lograr que su posición frente al caso sea la de un tercero imparcial”.

Paralelamente, se coloca en cabeza del juez la destacadísima función de garante de los Derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. En tal sentido, FERRAJOLI claramente indica: “...el fundamento de la legitimación del poder judicial y de su independencia no es otra cosa que el valor de igualdad como igualdad ‘en droits’: puesto que los Derechos fundamentales son de cada uno y de todos, su garantía exige un juez imparcial e independiente, sustraído a cualquier vínculo con los poderes de mayoría y en condiciones de censura, en su caso, como inválidos o como ilícitos, los actos a través de los cuales aquellos se ejercen”.

Liberado el Juez de toda función inquisitiva, adquiere plena relevancia la figura del Ministerio Público Fiscal, órgano llamado a ejercer la acción penal cuya titularidad

se reconoce al Estado. Ninguna duda puede caber en punto al rol central que le corresponde al

Ministerio Público Fiscal en un sistema acusatorio; sobre él descansa, normalmente, la mayor actividad del proceso en tanto "...este organismo cumple un papel protagónico desde cualquier ángulo que se observe o evalúe el sistema procesal penal: a) cumple un papel indudable en la eficacia eventual de la persecución penal y en la manifestación práctica de la defensa de los valores ético-sociales que el Estado ha decidido proteger; b) ...la inserción correcta del organismo posibilita la vigencia real de un conjunto de garantías 'orgánicas' en el proceso penal y una interpretación objetiva de las clásicas garantías procesales; y c) el ministerio público, como motor de la investigación, debe ser, a menudo, el puesto de observación de los sistemas de flujo de información y de organización administrativa".

Pero no sólo en el campo del acusador un sistema acusatorio importa modificaciones fundamentales; también fortalece la función de la defensa, jerarquizándola y reconoce la naturaleza garantista de la actividad del defensor en un proceso penal.

En el sistema procesal mixto aún vigente en la provincia de Corrientes, la figura del defensor carece de toda razón de ser, puesto que, al reconocerse al juez como función el descubrimiento de la verdad, como el director del proceso se le niega en la práctica, al imputado todo derecho a defenderse., la figura del defensor aparece totalmente opacada e ignorada frente a la del Fiscal, quien, a su vez, se ve desplazado de sus funciones por el juez.

Esta característica de la actividad de los defensores penales en general, que se ve acentuada en el caso de los defensores de oficio, situación generalizada en la región, por un desconocimiento de los fines de su actuación o, dicho en otros términos, del significado del derecho de defensa en juicio.

Esta confusión es plenamente comprensible en aquellos sistemas donde se afirma que el juez tiene como misión el descubrimiento de la verdad y el fiscal la custodia de la legalidad, con lo que restaría para el defensor la cuestionada tarea de obstaculizar la actividad de aquellos.

Si recordamos, por otra parte, que una característica central del sistema inquisitivo era el absoluto secreto del procedimiento, la tarea del defensor, aún del mejor, quedaba relegada a la aceptación incondicional del contenido de dichas actas y a la enunciación de un discurso valorativo sobre las mismas, que difícilmente podía conmover el ánimo de quien se había dedicado, precisamente, a coleccionar la prueba de cargo.

Sin embargo, con el reconocimiento de los derechos humanos de todo individuo y su afianzamiento a través de diversos tratados internacionales, se alteraron las bases ideológicas del proceso penal, y, simultáneamente, se fortalecieron determinados principios, entre ellos y de manera destacada, el derecho de defensa en juicio.

El abandono de la óptica inquisitiva, que entronizaba un juez omnipotente e infalible, condujo a reformular los objetivos de todo el sistema penal. Con acierto Es en este nuevo marco donde se diseña la figura actual del defensor, custodio del derecho de defensa del imputado, quien deberá tener una intervención efectiva

desde el inicio de la actividad procesal participando decisivamente en el control de todos aquellos actos que decidan la suerte de su asistido.

Quede claro que el titular del derecho de defensa es el imputado, a cuya voluntad no puede sobreponerse el defensor, pero quien en la práctica ejerce las funciones derivadas de ese derecho, a fin de asegurar la igualdad técnica del acusado frente a su acusador, es, exclusivamente, el letrado defensor.

“Ni la finalidad de la averiguación de la verdad, ni el principio de la separación de poderes, le aseguran al defensor su puesto en el proceso penal; lo obtiene sólo a través de la voluntad expresa del inculcado, quien de esta manera puede convertir en realidad su posición como sujeto del procedimiento legal y, con ello, salvaguardar su dignidad personal”. Sin mengua de lo expuesto, se resguarda como paradigma del derecho de defensa la facultad del imputado de ser oído directamente por quienes se encargan de juzgarlo, derecho que resulta efectivamente garantizado en el proceso oral en virtud de una de sus principales características: la inmediación.

Abandonado ya el rol de objeto de investigación que en el antiguo procedimiento correspondía al acusado, las nuevas tendencias de los códigos de última generación, éste es ahora reconocido como sujeto de derechos, y, como tal, entendida su declaración como medio de defensa y no de prueba, se convierte en una facultad que puede o no ejercitar, esto es, puede hacer todas las declaraciones que considere pertinentes así como abstenerse de brindar explicaciones total o parcialmente.

Esta garantía asimismo exige que el acusado sea debidamente informado de la imputación que se le formula, de manera clara y precisa y que toda modificación en el reproche, para ser válida, sea acompañada de una nueva información con la consiguiente posibilidad de ser oído respecto a dicha modificación.

En una concepción más amplia, el derecho del imputado a manifestar cuanto desee, aún por intermedio de su asistencia letrada, se reconoce en diversas actividades procesales, en particular, en aquellos actos que se consideren definitivos e irreproducibles.

En términos genéricos resulta adecuado sintetizar las actividades de defensa en: “la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal”.

Este concepto, evidentemente amplio, engloba tanto a la defensa material, que ejercerá el propio acusado, como a la defensa técnica necesariamente ejercida por un abogado, excepto en aquellos contadísimos casos en que el juez entienda que el imputado puede defenderse por sí mismo sin que ello importe una afectación a su defensa técnica.

Derivación razonada del principio de que el titular del derecho de defensa es el imputado resulta su facultad de elegir abogado de confianza, elección que podrá revocar en cualquier estado del proceso; sólo en el caso en que no lo posea, el juez suplirá esta falencia mediante el nombramiento de un defensor público.

4.5 .La defensa en la etapa procesal de la Investigación

En mi provincia Corrientes, quien tiene la dirección de la instrucción es el Juez de Instrucción quien además califica el sumario y produce prueba. En definitiva, en esta etapa, el contradictorio se da frente al Juez de Instrucción quien direcciona “el expediente” a partir de una teoría del caso propia. En el modelo mixto/inquisitivo en la etapa de la instrucción es muy difícil ejercer el derecho de defensa en tanto se encuentra altamente violentado los principios de igualdad y de imparcialidad.

A modo de ejemplo, podemos encontrar aun en nuestro código textos como que : “El Juez de Instrucción deberá proceder directa o indirectamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial”, que expresa: “El juez interrogara a toda persona que conózcalos hechos investigados...” ; “El juez podrá ordenar la pericias ...”; El juez deberá investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles que se hubieran referido el imputado.”, las partes pueden ofrecer pruebas y el juez las rechaza in limine sin derecho a recurso.... Lo que sucede empíricamente es que hasta el momento de la Indagatoria, momento de designación de defensor el sumario es **secreto** -o por lo menos el imputado no lo conoce formalmente- y en reiteradas oportunidades se producen pruebas, obviamente sin ninguna contradicción ni control por parte de la defensa. Esta situación, lógicamente desalienta la defensa material del imputado porque se le exige declarar sin tener acceso material al plexo probatorio de cargo. En los procesos adversariales se despoja como etapa probatoria, se la denomina preparatoria o de averiguación y la dirección la tiene el ministerio público fiscal. Y se torna plenamente vigente el derecho fundamental al debido proceso legal y el control jurisdiccional.

El imputado puede examinar toda la documentación y registro de actuaciones que posea el fiscal en el legajo de investigación.

Son actos de Investigación:

1. Señalamiento y recolección de evidencias.
2. Medidas cautelares –personales y reales-
3. Medidas instrumentales de coerción y restricción de derechos constitucionales, como capturas, allanamientos, registros de morada, intervención de comunicación escritas telegráficas o telefónicas y requisas de personas, previa orden del funcionario Jurisdiccional.
4. Pruebas anticipadas. Solo en casos excepcionales fijadas legalmente, y las debe practicar el Magistrado con asistencia de las partes.

Los aportes en ésta etapa solo tienden a fundar la acusación y preparar la defensa, no tienen carácter probatorio, son solo elementos con vocación probatoria, contenidos materialmente, no ya en el expediente, sino en denominados legajos o cuadernillos de investigación en posesión de la fiscalía o en su caso de la defensa.

A diferencia de la instrucción en un sistema mixto, donde en la praxis se adelantan “tareas investigativas, esto es, la búsqueda de los elementos de prueba, la obtención, el aseguramiento y preservación de la evidencia física, la identificación del sospechosos, entrevistas, interrogatorios”, todo ello, sin noticia al imputado. Esta etapa funciona a espaldas del imputado y de la defensa y por ende no hay contradictorio, dentro de éste periodo incierto, al ser humano perseguido se lo instrumentaliza, se lo convierte en objeto de prueba, se le invaden sus derechos y se menosprecia su dignidad. Se viola también el principio de igualdad de partes

y de lealtad procesal, si se pretende que luego de haber el Estado adelantado la investigación, y que con todos esos elementos probatorios, se cite, recién, al imputado a ejercer su defensa. Se viola el derecho a la Intimidad porque aun cuando se trate de actuaciones "que no impliquen restricción a los derechos fundamentales" el solo hecho que se siga una investigación, averiguación o pesquisa en contra de una persona por su posible participación en una conducta punible, afecta su intimidad personal o familiar y su estima social, encontrándose muy difuso y diluido el límite pretendido por el legislador.

Concluyendo decimos que el proceso penal en la Investigación Preliminar se vulnera flagrantemente el derecho de defensa por cuanto

VI.- CONCLUSIÓN.

Los instrumentos legales nacionales e internacionales, perfectibles, como toda obra humana, son de todos modos más que suficientes para permitirnos construir un sistema de justicia que enaltezca el valor de la dignidad humana. Sólo falta la decisión plena de convertirnos en operadores responsables de nuestro rol de garantes de derechos; todos somos conscientes de que los modelos actuales de operatividad del sistema penal que, lejos de contribuir a la construcción de una verdadera paz social, sólo incorporan más violencia al sistema, son un rotundo fracaso. El derecho de defensa como lo señala la CIDH, mas que una garantía de debido proceso, es la garantía por excelencia, no hablamos de una conceptualización teórica, se trata o se debe tratar del ejercicio efectivo de las garantías del individuo sindicado por el Estado como autor o partícipe de la comisión de un hecho delictivo, con todas las consecuencias que desde el punto de vista de la estigmatización, segregación social y afectación puede sufrir el individuo en su esfera personal, social, económica y psicológica.

BIBLIOGRAFIA:

Llobet Rodríguez, Javier. Proceso penal Comentado, Ed. UCI, Mundo Gráfico, San José de Costa Rica, 1998, p. 126.-

Cf. Maier, Julio. Derecho procesal penal, T.I, Ed. Del Puerto, 1996, p. 544, donde se encontrará un interesante desarrollo del tema.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Trotta, 1995, p. 614.

Martínez, Stella Maris. Cuadernos de Derecho.

Rusconi Maximiliano, "Luces y sombras en la relación "política criminal - Ministerio Público", Revista Pena y Estado, Año 2, Nº 2, Ministerio Público, Buenos Aires, del Puerto, 1997.

Página web Ministerio Publico Fiscal De Defensa.