

EL ACCESO A UN DEFENSOR PENAL Y SUS ÁMBITOS ESPECIALMENTE CRÍTICOS¹

Por María Fernanda López Puleio²

1. DELIMITACIÓN

El derecho a la asistencia jurídica letrada, parte ineludible de la inviolabilidad del derecho de defensa que nace a favor de quien resulta imputado penalmente, constituye un elemento definidor del acceso a la justicia en sentido amplio, en tanto la intervención activa de un defensor técnico posibilita que todos los derechos y garantías reconocidos al primero sean no sólo resguardados, sino *efectivamente* ejercitados.

La particularidad de intervención de sujetos diversos –el imputado y su defensor técnico-en procura de un mismo fin de contrarrestar o aminorar la pretensión punitiva, aunque con elementos diversos, otorga sin duda una dinámica singular al proceso. A partir de esta conformación de naturaleza compleja del derecho de defensa penal, se deriva la exigencia de actuación del abogado defensor como un requisito de validez del procedimiento (salvo los casos de autodefensa), imponiéndose la intervención de un defensor público ante la ausencia de un defensor de confianza.

La referencia a la necesidad de “acceso” a un defensor penal, no quiere aludir a que ésta pueda considerarse cumplimentada por la simple constatación de que en el proceso penal se ha designado a un abogado, o que éste haya establecido algún contacto con el representado; esto significa bastante poco para el derecho de defensa. Pero es cierto que una lectura rápida, o una interpretación restringida del término “acceso” señalada en el título de este ensayo, deja al descubierto en su opción negativa, la forma más burda de avasallamiento del derecho a la defensa técnica: la ausencia de vínculo alguno –jurídico o fáctico- entre imputado y abogado.

En estas páginas, la alusión al “acceso a un defensor penal” trasciende

1 Versión ampliada de la publicada en la obra colectiva *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década (1994-2004)*, compilada por ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

2 Agradezco la colaboración de los Dres. Mariana Grasso, Horacio Garcete y Gabriela Jugo en la recopilación de jurisprudencia.

la mera vinculación relacional. Con la afirmación del acceso (íntegro) a un abogado, se quiere aludir al goce completo del derecho a la asistencia jurídica reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos. Entonces, habrá real acceso si el defensor cumple con los recaudos de una defensa técnica adecuada; y para ello, el sistema penal deberá brindar al abogado posibilidades ciertas para el ejercicio de su función.

Los modos de la relación abogado-representado, y los grados de intensidad de intervención del defensor técnico en el sistema penal, suelen presentar problemáticas que distan de ofrecer soluciones sencillas. Pero en esta materia suelen presentarse situaciones que evidencian la falta de protección del derecho a la asistencia jurídica adecuada. En ocasiones, ningún abogado llega a tomar intervención en actos de los que derivan graves perjuicios para los imputados, o su actuación es solamente formal; en otras, determinadas personas –en especial detenidas- desconocen si alguien en verdad los está defendiendo, encontrándose sumidas en un vergonzoso abandono. Y también hay defensores probos, activos, y muy comprometidos con sus defensas, sobre los que penden obstáculos de los más diversos para el cumplimiento de su función³. En todos estos casos, al limitarse el derecho a un abogado, se viola irremediamente el derecho de defensa; y la parte más débil ante la justicia ve acrecentada aún más la disparidad de fuerzas con sus contradictores. Sin embargo, y más allá de la falta de univocidad en las respuestas jurisdiccionales, ciertas afectaciones del derecho de defensa suelen resolverse como si se tratara de un mero trámite o cuestión procesal, antes que del contenido esencial de un derecho fundamental.

La irradiación del derecho internacional de derechos humanos en el ámbito interno –y básicamente a partir de la jerarquización constitucional de los principales instrumentos en 1994 (art. 75 inc. 22 CN) - generó un impacto progresivo e intenso en su aplicación por parte de los tribunales argentinos. Así, la reforma constitucional

³ Puede leerse en el voto concurrente razonado del Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio GARCÍA RAMÍREZ, en el caso de la CorteIDH “Tibi vs. Ecuador” del 7 de septiembre de 2004: “47. La defensa del inculpado sigue en predicamento. No hay, que yo sepa, ordenamiento nacional que no estipule el derecho de aquél a la defensa frente a los cargos que se le imputan, así como el derecho de contar con defensor que lo asista en el difícil trance del enjuiciamiento, cuando están en juego sus bienes más apreciados. Este es, inclusive, un personaje que concurre a integrar, como se ha dicho, la personalidad procesal del inculpado. Pero son abundantes los casos expuestos ante la Corte (y hay otros, millares, que aguardan turno: no de llegar al tribunal interamericano, sino de verse beneficiados, a través de los ordenamientos y las jurisdicciones nacionales, por los progresos que acogen los instrumentos internacionales) en los que esa defensa no ha existido en absoluto, o ha sido nominal: distante y ajena al inculpado, inactiva, indiferente, o ha carecido de oportunidad verdadera y facilidades genuinas para cumplir la misión que se reconoce, pero no se favorece”.

integró definitivamente la protección de la inviolabilidad de la defensa enunciada en el artículo 18 de la Constitución Nacional, con aquella normativa, habilitando igualmente la compatibilización de la jurisprudencia interna, con la los organismos de protección previstos en los convenios multilaterales -cuyos enunciados constituyen “guía interpretativa” para la Corte Suprema argentina-; todo ello, según lo que resulte más favorable al imputado.

Ello no obstante, y en importante número, hay todavía resoluciones jurisdiccionales que traslucen la resistencia a considerar que el derecho doméstico debe integrarse al plexo constituido por el derecho internacional, y guiarse en su aplicación por el principio *pro persona*; y que si bien los derechos fundamentales no determinan en toda su dimensión los alcances del derecho aplicable, sí excluyen determinadas consecuencias como no permitidas, a la vez que exigen otras como necesarias.

Este trabajo centrará su análisis en aquellas áreas donde la incidencia de actuación del defensor penal adquiere mayor relevancia, adentrándose en las “zonas riesgosas”, donde la eventual limitación o clara falencia para la defensa por parte de un abogado, impacta con mayor repercusión en los derechos en juego.

2. HACIA LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A UN DEFENSOR EN MATERIA PENAL

2.1. Sobre los fundamentos del derecho a la defensa técnica penal

Por propia definición, el derecho de defensa del imputado en causa penal, comprende su facultad para llevar a cabo actividades para resistir o poder atenuar la imputación penal, lo que realiza interviniendo personalmente en el proceso. Un contenido que hace a ese derecho de defensa, y que adquiere importancia vital, es su derecho a ser asistido por un abogado; que supone la prerrogativa de contar con un defensor técnico que interviene de manera independiente en el proceso procurando a su favor.

Pero el defensor no sustituye la voluntad de su representado, ni pasa a ocupar su lugar. Porque nadie podría arrogarse la facultad de ejercicio de un derecho que se estructura a partir de la idea de dignidad de la persona humana. Como ya se preguntaba Robespierre en su discurso ante la Asamblea Constituyente de 1790: “¿a quién pertenece el derecho de defender los intereses de los ciudadanos? A ellos

mismos, es el derecho más sagrado... si no es consentido a mi mismo defender mi vida, mi libertad, mi honor, mi fortuna, o bien recurriendo a quien considero el más probo, el más iluminado, el más fiel a mis intereses... entonces Ustedes violan al mismo tiempo la ley sagrada de la naturaleza y de la justicia, y todas las nociones del orden social”⁴.

Que al defensor designado en el proceso le correspondan igualmente poderes y atribuciones para invocar en interés del imputado –en tanto no constituyan el ejercicio de actos personalísimos reconocidos a éste-, no puede hacer perder de vista que este último es el titular del derecho de defensa, y en ese carácter ejercita su defensa *material*. Y que en todo caso, el defensor técnico constituye uno de los resguardos más importantes de su garantía⁵. Así, el primer gran desafío de todo defensor penal será el hallazgo de fórmulas de complementariedad con su defendido para el ejercicio concurrente de acciones, en defensa de uno de ellos. A tales fines, “ambos poseen facultades autónomas, esto es, independientes, que no se inhiben entre sí”⁶.

Ahora, la circunstancia de que se constituya a la defensa técnica como un requisito de validez del procedimiento, autorizando la autodefensa técnica sólo cuando el imputado “*no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso*”, como en el sistema federal argentino (art. 104 CPP Nación)⁷, denota no sólo una especial preocupación para el resguardo de un derecho fundamental -con lo cual la observación acerca de las exigencias de actuación del defensor penal deberán partir de estándares elevados de intervención-, sino que permite ver cómo la actuación de un abogado, también es requerida para una mejor consecución y orden procesal. En este último caso, más que un “derecho” del imputado, se tiene en mira una necesidad

4 BATTISTA, Anna María (edición a su cuidado), *Robespierre, il Principi della democrazia*, CLUA, Pescara, 1983, p. 69. Como se observará, las convenciones internacionales prácticamente reproducen el esquema de Robespierre.

5 Un desarrollo más extenso de la cuestión en LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, *Justicia Penal y Defensa Pública, la deuda pendiente*, en *Pena y Estado* Nro. 5, número especial sobre defensa pública, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002, ps. 23-48.

6 MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, T. I Fundamentos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 551.

7 Dice el art. 104 del Código Procesal Penal de la Nación: “Derecho del imputado. El imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor oficial; podrá también defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficacia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso. En este caso el tribunal le ordenará que elija defensor dentro del término de tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio el defensor oficial. En este caso el tribunal le ordenará que elija defensor dentro del término de tres (3) días, bajo apercibimiento de designarle de oficio el defensor oficial. En ningún caso el imputado podrá ser representado por apoderado. La designación del defensor hecha por el imputado importará, salvo manifestación expresa en contrario, el otorgamiento de mandato para representarlo en la acción civil. Este mandato subsistirá mientras no fuere revocado. El imputado podrá designar defensor aun estando incomunicado y por cualquier medio.”

de la propia administración de justicia.⁸

Sin embargo, la admisión del derecho a un abogado y la actuación autónoma pero integrada entre el defensor penal y su asistido, no siempre fue admitida y mucho menos respetada en el proceso penal. Mucha de la historia del proceso se explica a partir de este vínculo relacional, y del reconocimiento o no de los poderes y facultades a los mismos en el marco del procedimiento; todo lo cual refleja el nivel de respeto o de directa ignorancia al *status* del imputado como sujeto de derechos fundamentales.

Desde la prohibición del imputado para defenderse por abogados durante un período en Atenas, hasta la intervención amplia del interesado con un orador experto que lo asistía en la antigua Roma, y nuevamente, la limitación de intervención del abogado en la época del Imperio⁹; o la prohibición para los indígenas de América de realizar consultas con abogados (como medida de “protección” por los innumerables daños que los letrados les habían ocasionado, ordenando Felipe II en 1589 “castigar con cien azotes a quienes los consulten”¹⁰); desde la pérdida para el imputado de la calidad de parte procesal en la “terapia inquisitoria”, hasta su derivación en la prohibición de actuación del defensor en la Ordenanza Criminal Francesa de 1670¹¹; desde la concepción sustentada por el modelo inquisitivo de que con la simple confesión se pondrá de manifiesto la culpabilidad o la inocencia...y entonces, ¿para qué un abogado? (sólo para hacerlos confesar, y si no lo logra, por lo menos que el abogado revele al juez lo que tuvo conocimiento), hasta la supresión de la actuación de abogados en Prusia por decreto real en 1780 (porque “va contra la naturaleza de las cosas que las partes no sean escuchadas directamente por el juez en sus demandas y quejas, sino que se vean precisadas a hacer valer sus necesidades a través de un abogado pagado”¹²), o su definición según la Santa Inquisición: “infame, digno del castigo más severo, el que sabiendo tener un cliente culpable, de todos modos lo defiende”¹³.

8 Para una discusión sobre el problema de la disponibilidad del derecho de defensa, la cuestión constitucional y las posibilidades de autodefensa en el derecho comparado, ver LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, *op. cit.*, ps. 35 y 37.

9 LION, A, *Difesa*, en *Digesto Italiano*, Vol IX, p. 321, citado por VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *op. cit.* p. 373.

10 En SUÁREZ, Santiago Gerardo, *Los fiscales indios, Origen y evolución del Ministerio Público*, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, Nro. 227, Caracas, 1995, p. 285.

11 GOESSEL, Karl Heinz, *El defensor en el proceso penal*, Temis, Bogotá, 1989, p. 11.

12 GOESSEL, Karl Heinz, *op. cit.*, p. 3

13 En el *Sacro Arsenal o también Práctica del Oficio de la Santa Inquisición*, fechado el 12 de abril de 1679, 410 (275), citado en CORDERO, Franco, *Procedimiento Penal*, segunda edición, traducción de Jorge

Como expresara Carnelutti –en otro contexto histórico y cultural-, al razonar sobre la necesidad de parcialidad del abogado, en defensa de lo que más convenga a su defendido: “La del abogado es quizá una de las figuras más discutidas en el cuadro social; se podría decir más atormentada. Entre otras cosas, nunca, ni siquiera en los momentos de mayor convulsión histórica, se ha propuesto la supresión de los médicos o de los ingenieros; pero de los abogados sí. En alguna ocasión, hasta se ha llegado a suprimirlos; después han resurgido con rapidez. En el fondo, la protesta contra los abogados es la protesta contra la parcialidad del hombre. Mirándolo bien, ellos son los Cirineos de la sociedad: llevan la cruz por otro, y esta es su nobleza. Si me pidierais una divisa para la orden de los abogados, propondría el virgiliano *sic vos non vobis*; somos los que aramos el campo de la justicia y no recogemos el fruto”.¹⁴

Si bien las justificantes esgrimidas para fundar la necesidad de *obligada* intervención de un asistente técnico al lado del imputado responden a motivos diversos, no puede desconocerse el hecho sustancial de que para confrontar al poder del ministerio público fiscal, se precisa de una persona formada en derecho y en la práctica penal, no debiendo tampoco soslayarse la incidencia que conlleva desde el aspecto emotivo, la propia participación del implicado en un proceso penal en su contra.

La igualdad de armas entre la acusación y la defensa, supone la perfecta igualdad de las partes. Para eso, la defensa tiene que tener la misma capacidad y poderes de la acusación; entonces, el imputado debe estar asistido por un defensor *en situación de competir* con el acusador público.¹⁵

2.2. Disposiciones normativas y de diverso carácter. La defensa de quienes no tienen quien los defienda

El derecho internacional de los derechos humanos, a la par del reconocimiento de contenidos integrativos básicos del derecho de defensa para el imputado (entre ellos, el de conocimiento detallado de la imputación en su contra, el derecho a ser oído públicamente y en condiciones de igualdad -expresándose libremente sobre los extremos de la imputación-, el de controlar la prueba que pueda

Guerrero, Temis, Bogotá, 2000, p. 240.

14 CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Temis, Bogotá, 1989, p.42.

15 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998, p. 614.

ser utilizada en su contra y ofrecer prueba de descargo), reconoce su derecho a la asistencia jurídica según una formulación de gran amplitud.

Así, la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH) establece entre las garantías judiciales mínimas, la concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa (8.2.c), y su derecho de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor (art. 8.2.d); la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) asegura en su artículo 11 la realización de un juicio público para toda persona acusada de delito, en el cual “se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), asegura el derecho “A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección” (art. 14.3.b), y “A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo...” (art. 14.3.d)

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), en su Observación General 13 al artículo 14 del PIDCP, advertía a los Estados Partes que en la segunda frase del párrafo 1 del artículo 14 se dispone que “toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías”, que en el párrafo 3 se detallan esas garantías en relación con los procesos penales; pero que las exigencias formuladas en el párrafo 3 “son requisitos mínimos, cuya observancia no es siempre suficiente para asegurar un proceso que llene los requisitos previstos en el párrafo 1”¹⁶. Y que no en todos los informes de los países se han abordado los aspectos íntegros del derecho de defensa según se define en el artículo 14.3.d), así: “El Comité no siempre ha recibido información suficiente sobre la protección del derecho del acusado a estar presente durante la sustanciación de cualquier acusación formulada contra él, ni cómo el sistema jurídico garantiza su derecho, ya sea de defenderse personalmente o de recibir la asistencia de un abogado de su elección, o qué arreglos se establecen si una persona carece de medios suficientes para pagar esta asistencia. El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo

16 CDHNU, Observación General 13 al Artículo 14 del PIDCP: “Igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley”, 21 período de sesiones, 13 de abril de 1984, párrafo 5.

de las actuaciones si consideran que son injustas.”¹⁷ Por otra parte, los abogados deben poder representar a sus defendidos de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin injerencia de ninguna parte.¹⁸

La Observación General 32 del mismo Comité, que sustituye a la Observación General N° 13, señala expresamente que “El que se disponga o no de asistencia letrada determina con frecuencia que una persona pueda tener o no tener acceso a las actuaciones judiciales pertinentes o participar en ellas de un modo válido”¹⁹, y “... el derecho de todos los acusados de un delito penal a defenderse personalmente o mediante un abogado de su propia elección y a ser informados de este derecho, conforme a lo dispuesto en el apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, se refiere a dos tipos de defensa que no se excluyen mutuamente. Las personas asistidas por un abogado tienen derecho a dar instrucciones al abogado sobre cómo llevar adelante el caso, dentro de los límites de la responsabilidad profesional... el tenor del Pacto es claro, en todos los idiomas oficiales, en el sentido de que prevé el derecho a defenderse personalmente “o” a ser asistido por un defensor de su elección, lo que entraña la posibilidad de que el acusado rechace la asistencia de un abogado. Sin embargo, este derecho a defenderse sin abogado no es absoluto. En algunos juicios concretos, el interés de la justicia puede exigir el nombramiento de un abogado en contra de los deseos del acusado, en particular en los casos de personas que obstruyan sustancial y persistentemente la debida conducción del juicio, o hagan frente a una acusación grave y sean incapaces de actuar en defensa de sus propios intereses, o cuando sea necesario para proteger a testigos vulnerables de nuevas presiones o intimidaciones si los acusados fuesen a interrogarlos personalmente. Sin embargo, toda restricción del deseo de los acusados de defenderse por su cuenta tendrá que tener un propósito objetivo y suficientemente serio y no ir más allá de los que sea necesario para sostener el interés de la justicia. Por consiguiente, la legislación nacional debe evitar excluir cualquier posibilidad de que una persona se defienda en un proceso penal sin la asistencia de un abogado”²⁰.

El carácter fundamental que se otorga a la asistencia jurídica del imputado, puede verse con mayor intensidad a partir de la regulación establecida para el caso de que el imputado no se defendiera personalmente (o no se lo autorizara a hacerlo), ni

17 Ibidem, párrafo 11.

18 Ibidem, párrafo 9.

19 CDHNU, Observación General N° 32 al Artículo 14, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, 90° período de sesiones; 23 de agosto de 2007, párrafo 10.

20 Ibidem, párrafo 37.

tampoco designare letrado de confianza para asumir su defensa. La CADH establece en el art. 8.2.e, el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiera por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo de ley. Y el PIDCP, “...siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo” (art. 14.3.d). Esta cobertura, que constituye la última reserva de la defensa, sólo actúa de manera subsidiaria; si el imputado no se defendiera personalmente o no hiciera uso de su derecho de designar abogado particular.²¹

Muchos desconocen que en el sistema federal argentino, la representación que ejercen los defensores públicos sobre el total de casos penales tramitados suele superar el 80%; situación que se repite con mayor o menor intensidad en las provincias.²² Estos baremos permiten observar la relevancia que tiene el análisis de las problemáticas específicas de intervención de defensores públicos en el proceso penal, y más allá de que un porcentaje importante de dificultades no dependen de restricciones o limitaciones impuestas por la actuación de los tribunales, sino por la desatención y falta de provisión de recursos suficientes para hacer lugar a la cobertura del servicio, lo cierto es que para algunos sectores de la administración de justicia, y respecto a actos determinados, parecerían flexibilizarse exigencias y aspectos sustanciales del derecho a la asistencia jurídica adecuada, cuando se generan situaciones críticas respecto a la intervención de un defensor.

Lo anterior incluye la errada concepción cultural de ciertos jueces y fiscales, de que el defensor público antes que la consagración de una garantía para el

21 Así, la Comisión de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Resolución 2003/39 del 23 de abril de 2003 sobre Integridad del sistema judicial, insta a los Estados a que garanticen que toda persona enjuiciada ante juzgados o tribunales bajo su autoridad tenga derecho a ser juzgada en persona y a defenderse por sí misma o mediante asistencia letrada de su propia elección (pto. 5).

22 Y de igual forma, en muchos países de Latinoamérica. Ver documentos y ponencias del Primer Encuentro Interamericano de Defensorías Públicas, celebrado en Santiago de Chile del 14 al 16 de noviembre de 2001 (Defensoría Penal Pública de Chile, GTZ, CEJA e INECIP); y VII Cumbre Iberoamericana de Cortes Supremas y Tribunales Superiores, Cancún-México, 2002, documento de fundamentación sobre Asistencia legal y Defensorías Públicas, elaborado por María Fernanda López Puleio. En el ámbito federal argentino, la actuación de la defensa pública oficial se rige por la ley orgánica del Ministerio Público 24.946 (BO 23/3/1998), que estructuró al Ministerio Público de la Defensa como un organismo con autonomía funcional y autarquía financiera luego del reconocimiento constitucional en la reforma de 1994. La Defensoría General de la Nación es el organismo superior institucional, contando el Defensor General de la Nación con amplios poderes de superintendencia, en igualdad de condiciones con el Procurador General de la Nación. Los defensores oficiales acceden a la función mediante concurso público y ostentan rango de magistrados, en condiciones de igualdad con jueces y fiscales. Ver Informes Anuales de la Defensoría General de la Nación al Congreso Nacional.

inculpado, constituye un mero auxiliar de la justicia. Claro que esta concepción no se manifiesta de igual forma en todo el país ni en la mayoría de los operadores de la justicia, y el nivel de respeto al derecho de quienes no tienen quien los defienda, ha dependido fundamentalmente del accionar proactivo de vastos sectores de la defensa pública argentina.

En la referida Observación General 13, el Comité ONU ya había considerado que debían realizarse informes más detallados sobre las medidas que los Estados Partes adoptan para garantizar que se observe en la práctica la igualdad de acceso a los tribunales²³, y que “cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación de su elección, *debe poder recurrir a un abogado*”²⁴. Como vimos, la nueva Observación es más explícita, al postular que se evite excluir cualquier posibilidad de defenderse en juicio penal por un abogado, limitando las autodefensas. Con esa idea, señala lineamientos expresos respecto al “interés de la justicia” en la actuación de un defensor de oficio no sólo en casos de gravedad del delito o pena de muerte, sino “cuando existe alguna probabilidad objetiva de éxito en la etapa de apelación”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la Opinión Consultiva (OC) 11/90, evaluó la situación de las personas que por su situación económica no tienen acceso a un abogado. La Corte, recordó que los Estados Partes se han obligado por el artículo 1.1. de la CADH a “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por (...) posición económica, ...o cualquier otra condición social”, por el artículo 24, a respetar el principio de igualdad en la protección de la ley, y por el artículo 8, a garantizar el derecho de defensa. Así razonó que la interpretación de los literales d) y e) de este último artículo, establecen la obligación del Estado de garantizar la provisión de un abogado para el imputado que no se defendiere por sí, ni nombrare abogado, pero que no se dispone que esa provisión sea gratuita. Entonces, si el indigente requiere asistencia legal, y en razón de su situación económica el Estado no se la provee gratuitamente, la persona se encontraría discriminada²⁵.

23 CDHNU, Observación General 13 cit., párrafo 3.

24 *Ibidem*, párrafo 9; el resaltado me pertenece.

25 Corte IDH, Opinión Consultiva N° 11 del 10 de agosto de 1990 sobre Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2ª y 46.2b CADH), párrafos 21, 22 y 25. La solicitud de opinión consultiva por parte de la Comisión IDH, indicaba que la víctima alegó no haber podido cumplir con el requisito de agotar los remedios previstos en las leyes nacionales al no poder costear servicios jurídicos o, en algunos

La Corte IDH también enfatizó que *garantizar* un derecho, y como contrapartida, establecer la obligación positiva que ello genera, implica para los Estados Partes organizar todas sus estructuras de manera “que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (Caso Velázquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párr. 175).”, que “el concepto de debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso penal”, y que hay que entender entonces que el artículo 8 sobre garantías judiciales exige asistencia legal cuando ésta es necesaria para que se pueda hablar de *debidas garantías*, y “el Estado que no la provea gratuitamente cuando se trata de un indigente, no podrá argüir luego que dicho proceso existe pero no fue agotado”²⁶.

Pero las dificultades de acceso a un abogado no se centralizan sólo en quienes sufren padecimientos económicos; en cualquier caso, deberá atenderse el deber positivo exigido por el art. 1.1. CADH a los Estados para la remoción de obstáculos que pudieren existir para la limitación de los derechos que acuerda la Convención.²⁷

Dentro de la previsión normativa, el derecho a la asistencia jurídica letrada constituye una *obligación de prestación* cuando no hay un abogado designado por el imputado y éste no se defiende personalmente (conf. art. 8.2.e CADH), o no ha sido autorizado a ejercitar la autodefensa (conf. arts. 104 y 107 CPP Nación y Corte IDH OC. N° 11/90)²⁸. “Y en tanto derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el

casos, el valor que debe abonarse por los trámites. También señaló que aún en los casos donde un acusado se defiende a sí mismo porque no pudo pagar un abogado, “podría presentarse una violación al artículo 8 de la CADH si se prueba que esa circunstancia afectó el debido proceso a que tiene derecho bajo dicho artículo” (párr. 27).

26 Ibidem, párrafos 23 y 24 y 26.

27 Ibidem, párrafo 34. Se refiere a la imposibilidad de agotamiento de recursos internos a raíz del temor generalizado de los abogados de determinado lugar para representar ciertos casos.

28 Ver nota 5. Dice el art. 107 CPP Nación: “Defensa de oficio. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104 y en la primera oportunidad, y en todo caso antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula. Si el imputado no lo hiciere hasta el momento de recibirse declaración indagatoria, el juez designará de oficio al defensor oficial, salvo que autorice al imputado a defenderse personalmente.” La OC N° 11/90 de la Corte IDH refiere sin embargo, que puede considerarse a la autodefensa sólo válida si la legislación interna lo permite, no obstante lo dispuesto en el texto del art. 8.2.d) de la CADH. Contrariamente, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas concluyó en el caso de Michel y Brian Hill que la legislación española, al no permitir al acusado defenderse personalmente, no acata lo dispuesto en el PIDCP, art. 14.3.d); CDHNU, Comunicación N° 526/1993, España, 23 de junio de 1997, CCPR/C/59/D/526/1993.

Estado, y una acción positiva del Estado”²⁹. Pero si esa persona se ha visto obligada a ser representada por un defensor público por una situación de desventaja económica, esa asistencia, igualmente efectiva, debe además ser gratuita. Ello porque el derecho no sólo permite, sino que postula un trato desigual, cuando su objetivo consista en “igualar a los desiguales”³⁰.

Al obligarse el Estado a designar un defensor público e integrar la defensa técnica cuando el imputado no tuviere o no designare abogado de confianza, esa provisión señala una relación de continuidad entre el imputado y la defensa pública, salvo que designe posteriormente a un defensor particular. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que el derecho a la provisión de defensor por parte del Estado, en virtud del 8.2.e), lo es para todos los actos procesales³¹.

Así puede verse en toda su comprensión, cómo no podría considerarse cumplimentada la garantía a la asistencia jurídica adecuada mediante el simple enunciado de fórmulas asegurativas, o considerarse satisfecha por la mera constatación de que en un expediente judicial se ha presentado un abogado.

Desde 1993 a esta parte -con el nuevo sistema procesal penal nacional- la proporción de defensores públicos que actúan ante la justicia penal, aumentó en una mínima medida en relación a la inflación de casos que requirieron la intervención de la defensa pública (situación que no sólo se repite, sino que se agrava en el interior de la Argentina). En el decenio 1990-2000, se disparaban alarmantemente los niveles de pobreza y de indigencia. Mientras en 1994 el nivel de cobertura de los defensores

29 ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 431.

30 Ver los Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente”, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, el Principio 3: “Los gobiernos velarán por que se faciliten fondos y otros recursos suficientes para asistencia jurídica a las personas pobres y, en caso necesario, a otras personas desfavorecidas...”; Principio 4: “(...) Debe prestarse especial atención a la asistencia de las personas pobres y de otras personas menos favorecidas a fin de que puedan probar sus derechos y, cuando sea necesario, recurrir a la asistencia de un abogado”. Las normas establecidas en la CADH y en el PIDCP parecen establecer un distingo en la relación gratuidad – prestación; así, mientras la primera señala que la asignación de un abogado por el Estado opera cuando el imputado no ha designado defensor –pero no dice nada acerca de la gratuidad- (art. 8.2.e), para el segundo, la asignación corresponde cuando lo determinen “los intereses de la justicia”, siendo gratuito si el imputado no contare con medios suficientes para pagarlo (art. 14.3.d). La ley 24.946 de Ministerio Público establece en una disposición confusa, que el imputado asistido por un defensor público oficial deberá solventar la defensa en caso de condena, si cuenta con medios suficientes. Y que ello se verificará con un informe socio-ambiental practicado por el juez de la causa; si de ellos surgiere que el imputado resulta indigente (conf. art. 63).

31 CIDH, Informe n° 41/99, caso 11.491, “Menores detenidos en Honduras”, 10/3/99.

oficiales en relación a los casos totales rondaba el 64%, en el año 2003 rozaba ya el 90% en muchos ámbitos. Por otra parte, la cantidad de casos que ingresaron al sistema penal crecieron progresivamente en el mismo período, alcanzando la prisión preventiva índices nunca imaginados.³²

Como se señaló, el derecho a una asistencia jurídica no podría nunca conformarse con la mera asignación de un abogado para que ejerza la representación. Como se verá, los organismos de protección de derechos humanos y los tribunales argentinos, han establecido reaseguros para que esa defensa sea competente y efectiva. De igual manera, el reconocimiento del derecho a un abogado no resuelve por sí toda la problemática de acceso a la justicia; siendo un elemento determinante de esta última, la provisión a la asistencia legal de medios adecuados para el ejercicio de la defensa.

Así, la entrada en escena de la defensa pública permite observar desde uno de los espacios de mayor nitidez, cuál es la relación ínsita y necesaria entre las premisas que fundamentan el Estado de Derecho, la regulación y límites de la persecución penal, la manera en que se organiza la justicia, y el diseño de mecanismos establecidos para asegurar, en condiciones de igualdad, el derecho a un defensor en materia penal.

3. LOS REASEGUROS DEL DERECHO A UN DEFENSOR PENAL. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS POR LOS TRIBUNALES ARGENTINOS

¿En qué oportunidades y bajo qué circunstancias interviene un defensor en el sistema penal? ¿cuáles son los contenidos mínimos exigidos para considerar su actuación como *adecuada*? ¿cuándo hay incompatibilidad entre la defensa técnica y

³² Según datos del INDEC, en el año 1991 había en la Capital Federal y Gran Buenos Aires 2.327.805 pobres y 324.810 indigentes; en el año 2000 3.466.000 pobres y 921.000 indigentes. Como un ejemplo de qué sucedía entonces en la justicia, basta cruzar los datos estadísticos de la Corte Suprema de Justicia y de las Defensorías Oficiales; así -y a modo de ejemplo- ingresaron en el año 1994, 2782 causas a los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal, designándose defensor oficial en 1806 de ellas; en el año 1999, las causas ya eran 5095, y las designaciones habían trepado a 4178. Por otra parte, y según datos de la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia de la Nación, en 2004, en las 177 cárceles del país el número de presos alcanzaba a 62.877, de los cuales, el 61% correspondía a procesados sin condena. En 1997 la cantidad de presos totales no llegaba a los 30.000 en todo el país. En el 2004, ese ya era el número total aproximado de presos sólo en la Provincia de Buenos Aires.

la defensa material?

Estas constituyen sólo algunas de las preguntas cuyas respuestas pueden resultar orientativas acerca de los niveles de respeto del derecho a un abogado. Esas respuestas podrán mensurarlos a partir de las disposiciones y resoluciones de derecho internacional y de la normativa interna; y de cómo ellas resultan interpretadas por los tribunales argentinos.

3.1. Ámbito de cobertura del derecho a la asistencia jurídica en materia penal: ¡un abogado aquí, por favor!

Por razones diversas, pero con indolencia similar, los dos extremos del sistema penal de reacción -los primeros instantes de la persecución penal pública, y la etapa de ejecución de la pena o medida de seguridad- son los que presentan mayor grado de vulnerabilidad para el acceso a un abogado. De igual forma, la evidente circunstancia de que no son iguales las posibilidades de acceso para quien está detenido, que para quien afronta el proceso en libertad, ha derivado en la necesidad de refuerzo de la garantía en estos ámbitos.

Conforme la Jurisprudencia de la Corte IDH desde el caso *López Álvarez vs. Honduras*³³, el derecho a la defensa –y el consiguiente derecho a un abogado- es exigible desde el inicio de las investigaciones respecto a quien se atribuye una posible participación en un hecho delictivo. En *Tibi vs. Ecuador*³⁴, ya había establecido que el derecho de defensa se motorizaba a partir de “la aprehensión del individuo”, y que si dicha medida no era aplicable, comenzaría cuando la autoridad judicial tomara conocimiento del caso.

En *Barreto Leiva vs. Venezuela*, la Corte IDH refrendó el criterio de inicio establecido en *López Álvarez*; y ese derecho a un defensor técnico incluye toda la etapa de ejecución de la pena, ya que el proceso en una concepción amplia, no culmina con la sentencia definitiva: “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (...) el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo, en la diligencia en la que se recibe su declaración, impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar

³³ Corte IDH, Caso *López Álvarez vs. Honduras*, Sentencia del 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141, párr. 129

³⁴ Corte IDH, Caso *Tibi vs. Ecuador*, Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Serie C, N° 114, párr. 168.

severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo”³⁵; “(...) el señor Barreto Leiva tenía, conforme a la Convención Americana, el derecho de ser asistido por su abogado defensor y no por el Ministerio Público, cuando rindió las dos declaraciones preprocesales”³⁶, y “(...) el derecho de defensa debe necesariamente poder ejercerse dese que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena”³⁷

Veamos cómo funciona la extensión de la garantía en el derecho doméstico.

a) *La asistencia jurídica letrada ¿desde cuándo y de qué manera?*

El señalamiento del momento a partir del cual *nace* el derecho del imputado a defenderse y por consiguiente, el instante a partir del cual puede contar con un abogado para que lo asista; y de igual forma, el momento hasta cuándo el sistema penal reconoce el ejercicio del derecho de defensa y el amparo de su garantía, reconocen hoy una amplitud que los antiguos sistemas procesales desconocían. Sin duda, para ello han contribuido disposiciones y resoluciones de derecho internacional de los derechos humanos, y la correcta interpretación de que el contenido fundamental de los derechos y garantías constitucionales no podría quedar sujeto a conocidas restricciones impuestas por normas inferiores.

Más allá de las normas de protección del derecho a un abogado establecidas en la CADH y en el PIDCP, variadas son las disposiciones de derecho internacional que garantizan en nuestro ámbito el acceso a un defensor. Ellas se encuentran básicamente en el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a*

35 Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Sentencia del 17 de noviembre de 2009, Serie C N° 206, párr. 621.

36 *Ibidem*, párr. 64.

37 *Ibidem*, párr. 29.

*cualquier forma de detención o prisión*³⁸, en las *Reglas mínimas para reclusos*³⁹, en los *Principios básicos sobre la función de los abogados*⁴⁰, en las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condición de Vulnerabilidad*⁴¹ y en los *Principios y directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia judicial en los sistemas de justicia penal*⁴².

En el ámbito interno argentino, los derechos que la ley le otorga al imputado, puede hacerlos valer a partir del primer acto del procedimiento dirigido en su contra (conf. artículo 72 CPP Nación)⁴³. Ello porque “todas las garantías constitucionales se ponen en acto desde el momento en que una persona es indicada como autor o partícipe de un hecho punible ante cualquiera de las autoridades competentes para la persecución penal, pues desde ese momento peligra su seguridad individual en relación a la aplicación del poder penal estatal; puede, entonces desde ese momento,

38 Aprobados por Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1988. El Principio 11 indica que nadie podrá ser mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora, y que “La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley...”; y el Principio 17: “1. Las personas detenidas tendrán derecho a asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de ese derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo. 2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez y otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo alguno para él si careciere de medios suficientes para pagarlo”.

39 Adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1955. Aprobadas por el Consejo Económico y Social el 31 de julio de 1957 (Resolución 663C), y el 13 de mayo de 1977 (Resolución 2076). Dice la regla 93: El acusado estará autorizado a pedir la designación de un defensor de oficio cuando se haya previsto dicha asistencia, y a recibir visitas de su abogado, a propósito de su defensa. Podrá preparar y dar a éste instrucciones confidenciales (...) Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario”.

40 Ver su cita en nota 25. Principio 1: “Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”. Principio 5: “Principio 7: “Los gobiernos garantizarán además que todas las personas arrestadas, o detenidas, con una acusación penal o no, tengan acceso a un abogado inmediatamente, y en cualquier caso dentro de las 48 horas siguientes al arresto o a la detención” (según el CPP Nación, la declaración indagatoria de un detenido se tomará inmediatamente, o a más tardar en un término de 24 horas. Sólo se podrá prorrogar por otro término igual ante la imposibilidad del magistrado, o cuando lo pidiera expresamente el imputado para designar defensor -art. 294-; Principio 8: “A toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitarán 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”.

41 Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 6 de marzo de 2008; donde se señalan directrices sobre Asistencia legal para detenidos.

42 Aprobadas por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en el 21º periodo de sesiones, 27 de abril de 2012, E/CN. 15/2012/L.14/Rev.1.

43 Dice el art. 72 CPP Nación: Calidad de imputado. Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso...”

ejercer todas las facultades tendientes a posibilitar la resistencia a ese poder penal⁴⁴. Esta ha sido también la interpretación de la CIDH⁴⁵.

El momento a partir de cuándo tomará intervención el abogado en el proceso, dependerá de cómo se ha iniciado el mismo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado desde antiguo que la garantía a contar con un abogado en juicio penal se hace operativa desde la primera intervención del imputado en el proceso. La interpretación sistemática de los artículos 73, 104, 107 y 197 del CPP Nación van en igual sentido. Mientras al artículo 104 dispone como regla general que el imputado tendrá derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza o por el defensor oficial, el artículo 107 establece un deber primario del juez: “en la primera oportunidad, y en todo caso *antes* de la indagatoria”, debe invitar al imputado a designar defensor entre los abogados de la matrícula. Según la misma norma, si el imputado no designara defensor hasta el momento de recibírsele declaración indagatoria, el juez integra la defensa oficiosamente, designando al defensor público. Finalmente, el artículo 197 refuerza la previsión de la garantía al disponer que “En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, *antes* de la indagatoria el juez invitará al imputado a elegir defensor (...) El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente *antes* de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294, bajo pena de nulidad de los mismos...”⁴⁶. También nuestra norma procesal establece que la incomunicación del detenido nunca impedirá que éste se comunique con su defensor inmediatamente *antes* de comenzar

44 MAIER, Julio B. J., op. cit., p. 548.

45 CIDH, Informe 41/99, caso 11.941, “Menores detenidos en Honduras”, 10/3/99, párrafo 152: “...la Comisión concluye que, conforme al artículo 8, inciso 2, literal e) de la Convención Americana, el Estado hondureño tiene el deber jurídico de proveer de un defensor de oficio a los menores, cuando no tengan defensor particular, en todos los actos procesales, y desde el momento en que se les imputa una infracción”; ver especialmente su comentario en GARCÍA, Luis M., op. cit., ps. 483 y 485, nota 112 bis.

46 Ver art. 104 CPP Nación en nota 5, y art. 107 CPP Nación en nota 23. Dice el art. 197 CPP Nación: “Defensor y domicilio. En la primera oportunidad, inclusive durante la prevención policial pero, en todo caso, antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor; si no lo hiciera o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, procederá conforme al artículo 107. El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294, bajo pena de nulidad de los mismos. En el mismo acto, cuando el imputado esté en libertad deberá fijar domicilio. Si estuviere detenido, se informará a la persona que indique su lugar de detención”. La referencia que realiza el art. 197 al art. 184 (luego de la ley 25.434, el penúltimo párrafo pasó a ser el inciso 10), alude al detenido en sede policial, que manifieste razones de urgencia para declarar ante juez. El artículo 294 se refiere a la declaración indagatoria.; –todos los resaltados me pertenecen-. De igual forma, el artículo 73 prevé la alternativa de presentación espontánea del imputado con su defensor para realizar actos de defensa, cuando todavía no hubiera sido indagado. Dice el artículo 73 CPP Nación: Derecho del imputado. La persona a quien se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo la causa tiene derecho, aun cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal personalmente con su abogado defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles”.

su declaración o cualquier acto que requiera su intervención personal (art. 205).

¿Y cómo hacer uso de una prerrogativa que no se conoce? Según se observa, la puesta en conocimiento del imputado de *su* derecho a designar defensor “en la primera oportunidad” constituye una exigencia para el juez, y también para los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad. En efecto en el artículo 184 (hoy inciso.10) CPP Nación, se dispone que éstos últimos no podrán recibir declaración al imputado, y que sólo podrán dirigirles preguntas para constatar su identidad “previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104 párrafo 1° y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad...”⁴⁷. Y justamente, el artículo 295 CPP Nación, en tanto señala que a la declaración del imputado podrá asistir su defensor, expresamente indica que el imputado será informado de este derecho antes de comenzar la misma.

Vale decir, para la norma adjetiva no es admisible tomar una declaración indagatoria sin que esté *constituida* la defensa técnica y que el imputado haya sido informado de los derechos que la ley le acuerda. Ahora, no hace falta realizar un profundo relevamiento en la justicia penal, para constatar la sugestiva cantidad de actas donde consta que el imputado *renuncia* a su derecho a que el defensor técnico esté presente en la indagatoria. Como señala Carrió, “nuestras prácticas judiciales reclaman a este respecto urgentes reformas. Es habitual en las audiencias de indagatoria que el funcionario o empleado que las conduce escriba fórmulas cuyo significado no es siempre comprendido por los detenidos”, (...) (que) se hallan en una posición difícil para reclamar precisiones acerca del alcance de los derechos”⁴⁸.

El Principio 13 del *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, indica que “Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión, deben suministrar a la persona, en el momento del arresto y al comienzo del período de detención o de prisión

47 Dice el art. 296: Libertad de declarar. El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda”. Art. 298. Formalidades previas. Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad...”.

48 Ver en CARRIÓ, Alejandro, El derecho a la entrevista previa en el nuevo Código Procesal Penal. Los primeros fallos, la necesidad de establecer resguardos para asegurar que la renuncia ha sido expresa, en La Ley 1993-D, ps.369-372.

o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como sobre la manera de ejercerlos”. Recordemos que el artículo 14.3.d) del PIDCP reconoce el derecho del imputado a ser informado de su derecho a tener defensor⁴⁹ En igual sentido, el *Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas* ha considerado dentro de las directrices prácticas de su “Informe sobre Derechos Humanos y prisión preventiva”, que el derecho más importante que hay que notificar a la persona detenida, es su derecho a un abogado defensor⁵⁰. La razón de ser de todos estos reaseguros, tiene mucho que ver con la necesidad de salvaguardar principios muy sensibles al Estado de Derecho, relacionados no sólo con la protección amplia del derecho de defensa a partir de una imputación penal, sino con el derecho a guardar silencio, la garantía contra la autoincriminación y la protección de la integridad personal del imputado.

En el caso argentino, esta necesidad fue brutalmente expuesta a partir del caso “Bulacio”. Allí la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), señaló que más allá del derecho del detenido a ser informado de los motivos y razones de su detención -lo que garantiza su derecho de defensa- la notificación sobre el derecho a establecer contacto con un familiar, un abogado y/o información consular, debe ser hecha al momento de privar de libertad al imputado. “En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél”.⁵¹

Claro que no siempre las previsiones de protección determinan actuaciones

49 Es muy interesante la discusión que se generó durante la elaboración del PIDCP con respecto a este artículo, relativa a si no era evidente el derecho del imputado a ser informado de su derecho a tener un defensor de su elección, y acerca de la decisión sobre su inclusión expresa, por la relación con otros derechos involucrados. Ver BOSSUYT, Marc. J., *Guide to the “Travaux Préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987, p. 298, cit. en el importante trabajo de GARCÍA, Luis M, *El derecho a la asistencia legal en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Una visión americana*, Nueva Doctrina Penal 2001 B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, ps. 447-555.

50 Centro de Derechos Humanos-Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, *Derechos humanos y prisión preventiva*, Manual de normas internacionales en materia de prisión preventiva, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1994, p. 14.

51 Corte IDH, caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003. párrs. 128 y 130, con cita de su Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999: El derecho a la información sobre la asistencia consultar en el marco de las garantías del debido proceso legal, Serie A, N° 16, párr. 106, y caso *Cantoral Benavidez*, sentencia del 18 de agosto de 2000. Serie C N° 69, párrs. 127 y 128, y caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párrs. 139, 141 y 142. Bulacio era un menor de 17 años que iba a asistir a un recital de rock, cuando a partir de una razzia policial en las inmediaciones del estadio, fue llevado detenido a una comisaría de la Capital Federal, el 19 de abril de 1991, junto a 80 personas. Por los golpes recibidos murió el 26 de abril de ese año. Nunca se supo el motivo de la detención, ya que no se abrió causa penal contra los detenidos, que fueron liberados de manera sucesiva. El Memorando 40 era una norma que habilitaba a la policía a notificar o no a los jueces de menores respecto de las detenciones practicadas. En el caso de Bulacio, tampoco se notificó a ningún familiar.

esperadas. Cuando esto sucede, deberá estarse al sentido teleológico del derecho a la asistencia jurídica letrada, y así reestablecer la protección en todo su alcance. Porque sino, ¿para qué un abogado, si quienes tienen a su cargo el deber de provisión no instan mecanismos para su real acceso por parte del imputado?

Un fallo señero en este punto fue “Navarrete”, del Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Capital Federal; el imputado, detenido, había sido notificado de sus derechos, y manifestó querer ser defendido por el defensor oficial. El juez de instrucción tomó declaración indagatoria sin dar aviso a la defensa oficial de que se encontraba designada en esa causa. El Tribunal hizo lugar al planteo de la defensa oficial y consideró nula la declaración, porque si bien el juez había cumplido con el deber de información al imputado, no adoptó los recaudos –notificación a la defensa técnica- para posibilitar la efectiva intervención del defensor antes y durante el acto de indagatoria. El Tribunal argumentó que si bien la ley no establece que debe notificarse al defensor la realización específica de ese acto, ello deriva de la protección del derecho del indagado. También señaló que la nulidad tenía que ver con la privación del derecho a un consejo legal –cualquiera éste fuera- y con el rol de contralor del abogado; independiente de si en su declaración, el imputado hubiera proporcionado o no elementos de cargo en su contra⁵².

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) dijo en la causa “Salgán y otros” que la omisión en notificar al acusado de su derecho a un abogado era cuestión relevante, y que “el acusado que no conoce sus derechos y, en consecuencia, no reclama por ellos, bien puede ser la persona que necesite un abogado”⁵³.

Hace ya veinte años la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha considerado que durante el período inicial del procedimiento es donde pueden presentarse pruebas decisivas, y que la falta de asesoramiento jurídico durante

52 Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, causa “Navarrete, Carlos R.”, resuelta el 20 de abril de 1993, publicada en *La Ley*, t. 1993-D ps. 369-374. Bulacio era un menor de 17 años que iba a asistir a un recital de rock, cuando a partir de una razzia –práctica policial de detención indiscriminada- en las inmediaciones del estadio, fue llevado detenido a una comisaría de la Capital Federal, el 19 de abril de 1991, junto a 80 personas. Por los golpes recibidos murió el 26 de abril de ese año. Nunca se supo el motivo de la detención, ya que no se abrió causa penal contra los detenidos, que fueron liberados en manera sucesiva. El Memorando 40 era una norma que habilitaba a la policía a notificar o no a los jueces de menores respecto de las detenciones practicadas. En el caso de Bulacio, tampoco se notificó a ningún familiar.

53 CSJN, Fallos 312:1998, considerando 6°, con cita de la Corte Suprema de Estados Unidos (384 U.S. 436, pp 470/471). El agravio principal del apelante se fundó en la violación por parte del organismo aduanero, del artículo 1034 de ese código, pues el Fisco no había hecho saber a los procesados el derecho a contar con patrocinio letrado cuando se les dio vista para que efectúen su descargo en sede administrativa.

esa primera fase, podría menoscabar seriamente el derecho a defenderse⁵⁴. La CIDH considera que con el objeto de salvaguardar el derecho a no ser forzado a admitir culpa y a no sufrir actos de tortura, una persona debe ser interrogada sólo en presencia de su abogado y de un juez⁵⁵ y que debe permitirse que el abogado defensor esté presente cuando su defendido formule una declaración, sea interrogado o firme una declaración⁵⁶. En igual sentido, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU) afirmó que los Estados Parte deben “velar porque se forme un número suficiente de abogados, facilitar el acceso de las personas a un abogado y a la asistencia letrada desde el momento de la detención”⁵⁷; ya que “toda persona arrestada debe tener acceso inmediato a la asistencia letrada”⁵⁸.

Comunicar en tiempo útil al defensor que ha sido designado, conlleva el respeto al ejercicio de facultades de control de la legalidad de los actos procesales, pero además, posibilita que el abogado cumpla con su rol de asistente confidencial del defendido, y permite el diseño de estrategias tempranas de defensa. Esa es la inteligencia que es dable asignar a la necesaria “asistencia”, término omnicompreensivo de la actuación e intervención concreta en actos de defensa del imputado.

Las sentencias de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), no obstante partir de enunciados generales respetuosos de la garantía, no suelen mostrar una línea homogénea para la cobertura amplia de la misma. Así, en “Costa”, al anular un debate en el cual resultó condenado el acusado -porque uno de los codefensores no tenía título habilitante de abogado, ejercitando actos concretos de defensa en el alegato final compartido con el codefensor-, la Cámara distinguió entre las actividades de “asistencia” en sentido estricto, y “representación” que le corresponde a un defensor penal: “asistencia es consejo (...) la representación se refiere a la actuación del abogado...son pretensiones, requerimientos, resistencias y demás actuaciones útiles en

54 OEA, Informe anual de la CIDH, 1985-1986 (OEA/Ser.L/V/II.68, doc 8/Rev.1), p. 159 (El Salvador).

55 Informe sobre la situación de los derechos humanos de una parte de la Población Nicaragüense de origen Miskito (OEA, Ser. L/V/11.62, Doc. 10, Rev. 3, 1983, a 100. La CIDH, en el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala del año 1983, también (OEA /Ser. L/V/II.61, doc 47/Rev.1) (1983), p. 99.

56 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala del año 1983 (OEA/Ser. L/V/II.61, doc 47/Rev.1) (1983), p. 99.

57 CDHNU, Observaciones Finales, Benin, 1 de diciembre de 2004, párr.20.

58 CDHNU, Observaciones finales, Georgia, Doc. ONU CCPR/C/79/Add.74, 9 de abril de 1997, párr. 28. En el Manual para Jueces y Fiscales “Luchar contra la Tortura”, de Conor Foley (Human Rights Centre, Universidad de Essex, 2003), se señalan las garantías mínimas contenidas en el derecho internacional para la protección del acceso a un letrado: “Los detenidos tienen derecho a asistencia letrada sin demora. Mientras están presos, deben tener la posibilidad de consultar con un/a abogado/a en privado, a la presencia de un letrado durante los interrogatorios y a que les represente cuando comparezcan ante la justicia. Los abogados deben asesorar y representar a sus clientes, de acuerdo con la ética profesional...” p. 44.

procura de un logro a favor del imputado”, y que entonces no basta la representación formal, sino que “es necesario también que aquél cuente con una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor” y que “nuestro Código Procesal asegura la garantía constitucional de defensa en juicio, a partir de la asistencia técnica de letrados en todos aquellos actos procedimentales cuya tramitación pudiere verse obstaculizada por la falta de conocimientos legales del imputado”⁵⁹.

Pero la misma Sala de la Casación, en “Guillén” –donde se postuló por la defensa oficial la nulidad de la sentencia de condena porque el imputado había declarado en indagatoria sin que se hubiera anoticiado al defensor esta última, no realizándose la entrevista previa-, adujo un mes antes, que lo importante era la notificación de los derechos al imputado, y que el uso verbal “podrá” en los artículos 197 y 295 del CPP Nación denota que es una facultad del imputado hacer uso de los derechos acordados, ya que en este acto, “el inculpado ejerce su defensa material personalísima”. De igual forma, y aduciendo la necesidad de interpretación restrictiva de las nulidades, expresó que “Desde el punto de vista formal es manifiesto que nuestra ley no exige que el defensor esté presente durante la indagatoria ni que se le deba notificar previamente”, y que lo importante es que “la policía o el juez antes de la indagatoria deben hacer saber sus derechos y permitir al imputado que así lo requiera, que se entreviste con su defensor”⁶⁰. Entonces, “al reafirmar el carácter formal de la cuestión, se le niega a ésta toda naturaleza constitucional”⁶¹.

Lo cierto es que suele utilizarse como criterio jurisprudencial la exigencia de un *plus de perjuicio* para nulificar determinados actos que conculquen derechos reconocidos. Entonces, quien alegue la violación del derecho a la asistencia de un abogado, debería entonces demostrar cuáles han sido los perjuicios efectivamente padecidos, qué pruebas se ha visto impedido de aportar o qué argumentos esenciales no pudo someter a conocimiento de la justicia. También, de qué manera iba a llevar a cabo el ejercicio de sus derechos y qué resultado esperaba para su suerte procesal.⁶²

59 CNCP, Sala III, causa n° 971, “Costa, Juan C s/recurso de casación”, reg. n° 222/97, rta. el 2 de junio de 1997; ver su comentario en TEDESCO, Ignacio F, El derecho de defensa en juicio y el abogado defensor. Su lucha por la conquista del proceso penal, en Nueva Doctrina Penal, 1999/A, ps 209 y ss.

60 CNCP, Sala III, causa n° 1011, “Guillén, Alejandro s/recurso de casación”, reg. n° 158/97, resuelta el 2 de mayo de 1997.

61 TEDESCO, Ignacio F., op. cit., p. 212, con indicación de los antecedentes en igual sentido.

62 En la citada causa “Salgán” resuelta en 1989 por la Corte Suprema, la disidencia de los Ministros Belluscio y Severo Caballero enfatizó, que de acuerdo a la exigencia de la Corte, “el remedio deducido sobre la base de la violación de la defensa en juicio requiere, para su procedencia, la demostración del perjuicio efectivo a ese derecho (Fallos 302:583 y 1021 y 303:167 y causa Y.2.XIX “Yapuzzetti, Juan Carlos”... en el caso, el apelante no menciona concretamente las defensas de las que se habría visto privado con motivo de

En esta cuestión es preciso establecer distingos y ser muy cuidadosos, ya que no podría señalarse como regla que la violación de garantías reconocidas en tratados con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) no tiene impacto a partir de su violación por las autoridades policiales o judiciales –es decir, avasallar derechos (que por algo y para algo son reconocidos) “sale gratis”- y que entonces pesa sobre el perjudicado la carga de demostrar lo que podría haber hecho que no le dejaron hacer, o lo que podría haber omitido en una declaración, que “le indujeron” a decir, o que en verdad no quería declarar y que fue invitado a hacerlo. Si el derecho constitucional acuerda desde *antes* de la indagatoria el derecho a la asistencia de un abogado, es evidente que la lesión del mismo consiste en la propia ausencia de todo consejo legal –por ejemplo para una declaración- y la nula actividad de contralor sobre actos que no son de mero trámite y que tendrán incidencia en el proceso. Además, cómo demostrar qué argumentos podrían haberse sometido a la justicia, si justamente se privó –en un momento determinado- de la intervención de la asistencia técnica, que debe integrar a la defensa material, y que por ser profesional podría haber dado cauce a inquietudes o sugerencias del imputado, pero también podría haber instado actuaciones, que sólo a partir de la existencia de aquella pueden ser evaluadas –y nuevamente, en cada momento determinado- (por ejemplo, ¿en base a qué parámetros decidirá el imputado si “le conviene o no” declarar en virtud de una imputación cuyas circunstancias no aparecen claras, o en la cual es materia compleja determinar su adecuación típica?). En este sentido, establecer esta exigencia se parece bastante a una prueba diabólica, que desconoce que la relación existente entre el imputado y su defensor no es estática, ni se desenvuelve según un orden preestablecido de sugerencias del interesado a su asistente técnico, sino a partir de un interés integrado, donde el defensor atiende inquietudes de su defendido, pero actúa con independencia y autonomía según las reglas de su profesión. Piénsese incluso, cómo se dificulta la cuestión si la carga de demostración del perjuicio recae sobre un defensor distinto del que debió intervenir en el acto, porque el nuevo abogado es un tercero respecto a ese vínculo y respecto a eventuales estrategias que no fueron asequibles por él.

Por otra parte, y más allá del camino zigzagueante establecido por las

la falta de asistencia letrada ante el juez administrativo, ni demuestra que se hubiera visto impedido de ejercerlas en la instancia judicial...”. La mayoría de los jueces Petracchi, Fayt y Bacqué, dijo: “resulta necesario que se respete la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio (Fallos 308:191, considerando 6° y su cita), la cual exige –entre otros requisitos- que el Estado provea los medios necesarios para que el juicio a que se refiere el art. 18 de la Constitución Nacional se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación, mediante la efectiva intervención de la defensa (Fallos 308:1386, considerando 7° y su cita).

diversas salas de la Casación y de la propia Corte Suprema, respecto a las exigencias para tener por válidas confesiones “espontáneas” del detenido en sede policial –y no obstante la terminante prohibición de tomarle declaración en ese ámbito (art. 184 inc. 10 CPP Nación)⁶³-, lo cierto es que años antes de la sanción del código vigente, se venía forjando cierta jurisprudencia que establecía recaudos para garantizar la voluntariedad y libertad de decisión del imputado en su declaración, y sólo así considerarla eficaz procesalmente; pero diversos pronunciamientos de la década del noventa significaron un retroceso en este sentido⁶⁴. Aquellos reaseguros -legales y jurisprudenciales- partían de la necesidad de que el imputado, advertido del contenido de sus derechos, estuviera en condiciones de ejercerlos. Luego, las condiciones requeridas para asegurar la espontaneidad de las declaraciones, irían sufriendo cortapisas con el paso de los años, y a partir de una política criminal de tinte más utilitarista, prácticamente llegaron a convertirse en letra muerta.

Una sentencia donde la CNCP se adentró en estas cuestiones fue “Flores”⁶⁵, en la que es preciso detenerse por el valor de sus enunciados paradigmáticos, y porque permite observar la distancia existente entre los principios tenidos en mira por la protección constitucional, y la resolución del caso concreto.

En el marco de una investigación por drogas, el juez ordena el allanamiento del domicilio del Sr. Flores. Al entrar en su vivienda, los agentes de seguridad reducen al mismo, esposándolo y comunicándole la práctica del registro por orden judicial. Paso seguido, comienzan a interrogarlo acerca de los lugares dónde guarda el material estupefaciente, solicitándole que les vaya indicando los mismos. La droga se va secuestrando a partir de las indicaciones de Flores, en respuesta a las sucesivas preguntas efectuadas. La lectura de derechos se realiza sólo dos horas después del allanamiento y detención. La defensa oficial había planteado la nulidad del registro

63 El CPP Nación, en su sanción por ley 23.984 estableció la prohibición de que los funcionarios de policía y de las fuerzas de seguridad reciban declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura en alta voz de los derechos y garantías constitucionales, todo bajo sanción de nulidad. Mediante la reforma por la ley 25.434, se autorizó a que en los casos de flagrancia, puedan “requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso” (art. 184 inc. 9).

64 Ver especialmente CARRIÓ, Alejandro, *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, Editorial Hammurabli, Buenos Aires, 2000, ps. 357 y ss.; HENDLER, Edmundo S., *La declaración del inculpaado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*, en *Doctrina Penal*, año 11, Depalma, 1988, ps. 123 y ss, y TEDESCO, Ignacio F., *Las confesiones policiales y la Cámara Nacional de Casación Penal*, en *Nueva Doctrina Penal*, 1997/A, Editores del Puerto, Buenos Aires, ps. 315 y ss.

65 CNCP, Sala I, “Flores, Roberto Alfonso s/ recurso de casación”, causa 5743, reg. 7330, rta el 23 de diciembre de 2004.

domiciliario y secuestro del material estupefaciente, por haberse violentado garantías básicas que hacen al derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, solicitando la aplicación de la regla de exclusión por prueba ilícita (conf. art. 172 CPP Nación), no existiendo ninguna causal que habilitara a excepcionar la misma. También, que no podía darse validez a un interrogatorio policial –prohibido por la norma adjetiva- dirigido a un detenido esposado, sin defensor, y sin saber que tiene derecho a guardar silencio y a la asistencia letrada para realizar una declaración, por no haberse cumplimentado la exigencia legal de lectura previa de derechos al momento de la detención.

La Sala I de la CNCP confirma la condena que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires le había impuesto –con la disidencia de un juez que considera que debe hacerse lugar a la nulidad planteada-, reiterando el argumento utilizado por el *a quo* de que no obstante las “deficiencias formales” del procedimiento, no existía perjuicio, porque de igual manera el estupefaciente se hubiera hallado.

Así, al considerar el agravio referido a la falta de asistencia letrada durante el interrogatorio no permitido a las fuerzas de seguridad, la Cámara realiza una interpretación bastante particular: analizando la normativa procesal, admite que ya durante la prevención el imputado puede elegir defensor, pero que “no debe obviarse que la obligatoriedad de contar con asistencia técnica surge sólo al momento de citarse al imputado a prestar declaración indagatoria”. En otras palabras, el derecho lo tiene desde el primer momento de la persecución, pero sólo es *obligatorio* previo a la declaración ante el juez .

El resultado de este razonamiento desemboca en una especie de “paradoja de la prohibición”: si está prohibido el interrogatorio policial, el código de forma no reglamentó la constitución *obligada* en esa sede de la defensa técnica, de manera previa para la declaración policial. Siguiendo esa idea, lo determinante para otorgar validez a una declaración ante la policía, sin defensor, sería que no está expresamente ordenada la *constitución* de la defensa letrada en sede policial. Por cierto, esta curiosa argumentación conlleva a un resultado singular; los interrogatorios deben estar rodeados de todas las garantías para ser realizados en el ámbito judicial, pero no, si son efectivizados en sede policial. O en otras palabras, las formalidades preestablecidas cuentan sólo para los momentos más visibles del proceso, y no para los más ocultos.⁶⁶

⁶⁶ Cf. EIROA, Pablo, El interrogatorio policial en el proceso penal italiano (desde el código para el Reino de las dos Sicilias de 1819 hasta la reciente jurisprudencia de la Casación), en Cuadernos de Doct-

Por lo demás, dentro de los derechos cuya lectura estaba *obligada* por las fuerzas de seguridad (y que fuera omitida), se incluía el previsto en el art. 104 CPP Nación referido al derecho del imputado a la asistencia letrada. La resolución citada no puede explicar cómo puede tenerse un derecho sobre el cual no puede exigirse un deber por parte del Estado. Es decir, si se admite que el derecho a un defensor existe desde el primer momento, ello debería significar que puede ser ejercitado según la voluntad del titular del derecho; ergo, si quisiera ser ejercitado, la obligación de respeto y provisión (contracara del derecho subjetivo) debería también efectivizarse.

De esta manera puede verse la razón histórica y de protección de altos intereses, para el establecimiento -y bajo sanción de nulidad del mismo código adjetivo- de la obligatoriedad de lectura de derechos por parte de la fuerza policial.

Pero la construcción semántica que realiza la Casación hace girar el eje del agravio, porque la circunstancia no referida por la Cámara, es que lo que está absolutamente vedado, es someter a un imputado a interrogatorio por parte de la prevención, y que la declaración obtenida sólo puede ser valorada judicialmente en tanto esa declaración cuente con “reglas de garantías que la rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación). Observado el fenómeno desde el punto de vista negativo se debe concluir en que la declaración del imputado prestada sin atender a esas reglas no puede ser utilizada para fundar una decisión que lo perjudique”.⁶⁷

En sendos informes de la CIDH, se señala que los derechos establecidos

rina y Jurisprudencia Penal Año X, Nros. 18-19, 2005, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2005. Con fecha 7 de marzo de 2006, la Corte Suprema de Justicia declaró inadmisibile el recurso extraordinario planteado, por aplicación del artículo 280 del CPCCN que faculta al Tribunal Supremo a desestimar recursos que no reúnan el recaudo de trascendencia (F. 383 XLI “Flores, Roberto Alfonso s/ recurso de casación”).

67 MAIER, Julio B. J., *op. cit.*, pág. 667. Pero desde otro lugar, piénsese un instante en la necesidad de efecto preventivo que suele asignársele a la regla de exclusión de prueba ilícita. Imaginemos los resultados a los que llevaría la jurisprudencia que aquí se ataca, si los agentes de la prevención “toman la costumbre” de someter directamente a interrogatorio a los detenidos policiales –sin lectura de derechos ni asistencia de abogado defensor- con la finalidad de “agilizar” los procedimientos en búsqueda de elementos incriminantes (argumento admitido por los agentes en la causa “Flores” –según la declaración testimonial en el juicio oral, conforme surge del acta del debate). Los derechos y garantías constitucionales reconocidos no sólo quedarían vacuos, sino que serían groseramente burlados; porque (quizá) “probablemente” los elementos de cargo habrían sido igualmente encontrados, y con respecto a la falta de un defensor, porque “declaración” para la Cámara es la que se brinda ante un juez... y entonces, el interrogatorio al que se somete preventivamente al imputado por parte de la policía (eso sí, prohibido específicamente por la ley) no tendría nunca (siquiera) las garantías del efectuado en sede jurisdiccional. En un caso del Reino Unido, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la independencia de Jueces y Abogados, recomendó que “sería conveniente la presencia de un abogado durante el interrogatorio policial, para garantizar de forma significativa la protección de los derechos del acusado. La ausencia de asistencia letrada da lugar a un abuso potencial” (Informe sobre la misión del Relator Especial para el Reino Unido, Doc. ONU E/CN.4/1998/39/add.4, párr. 47, 5 de marzo de 1998).

en los artículos 8.2.d y 8.2.e CADH, “se aplican en todas las etapas del procedimiento penal seguido a un acusado, incluido el proceso preliminar, si existe, su emplazamiento a juicio y todas las etapas de este último”.⁶⁸

Por eso en el marco del proceso y en virtud de las previsiones del derecho internacional e interno, la actuación de la justicia debe propender a brindar asistencia y permitir la intervención útil del defensor técnico, con carácter previo a todo acto que por sus características, pudiera ser valorado en una sentencia⁶⁹, teniendo igualmente el defensor, actuación en toda circunstancia relacionada con la intervención personal de su asistido en el proceso (en ejercicio de su defensa material y control de la prueba de cargo), o cuando se presente para la defensa técnica una posibilidad de solicitud o control en beneficio del imputado. La inobservancia de las reglas que disponen la intervención, asistencia y representación del imputado, aparejan la ineficacia absoluta del acto (conf. artículo 167 inc. 3° CPP Nación).

b) La asistencia jurídica letrada ¿hasta cuándo y de qué manera?

Si bien la gran mayoría de las normas, principios y disposiciones de derecho internacional citados en el punto anterior se refieren a personas sometidas a proceso y no a condenados cumpliendo pena de prisión efectiva, una interpretación amplia de sus preceptos, debe extender sus consecuencias a diversas contingencias producidas en la etapa de ejecución, que guarden similitud de acuerdo a la problemática planteada. Esa es la interpretación más garantista de acuerdo a la importancia de los derechos involucrados, y que incluso es posible extraer del derecho internacional de derechos humanos, de la jurisprudencia interamericana citada y de la normativa argentina vigente.

Así, y más allá de las diversas disposiciones internacionales referidas que reconocen el derecho a un abogado ante cualquier forma de detención o prisión, y considerando que “Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos” (*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; artículo

⁶⁸ CIDH, Informe 41/04 Caso 12.417 Whitley Myrie, Jamaica, 12 de octubre de 2004, párrafo 61, con cita de los casos *Mc Kenzie y otros c/ Jamaica*, Informe Anual de la CIDH 1999, párrafos 304-305, y CDHNU, *Paul Nelly c/ Jamaica*, Comunicación N° 253/1987 y 867/1999.

⁶⁹ Así establece el artículo 200 CPP Nación: “Derecho de asistencia y facultad judicial. Los defensores de las partes tendrán derecho a asistir a ... (los actos)... que por su naturaleza y características se deban considerar definitivos e irreproducibles”. Y el artículo 201, se exige la notificación previa –salvo para los registros domiciliarios– de todos los actos del artículo anterior, también bajo pena de nulidad.

XVIII), que “Los gobiernos procurarán que se establezcan procedimientos eficientes y mecanismos adecuados para hacer posible el acceso efectivo y en condiciones de igualdad a la asistencia letrada de *todas* las personas que se encuentren en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción” (*Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*; Principio 1), y que el *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión* –que usa el término “persona presa” como sinónimo de condenado–, indica que se le darán a la persona presa los medios adecuados para consultar con su abogado. Por ello, la falta de un abogado de libre elección, no podría empecer el derecho de defensa contra el ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo que el deber de provisión de un defensor se impone de igual forma en este caso.

Muchas son las razones por las cuales el derecho de defensa no *desaparece* con la sentencia que pone fin al proceso. La circunstancia de que la ejecución de la pena o medida de seguridad y corrección, se encuentren sometidas a reglas jurídicas y la trascendencia de que los modos de cumplimiento de las mismas incidirán para el otorgamiento de beneficios al interesado, hace ver la necesidad de reconocer, ampliamente, el derecho de defensa y el derecho al recurso en este ámbito⁷⁰. Pero hay una razón aún más principista, y es que quien cumple pena de prisión no pierde los atributos inviolables en cuanto persona, y en tanto la etapa de ejecución es una manifestación del poder punitivo del Estado, no se puede desconocer el goce de los derechos y garantías reconocidos a ella, como contrapeso al ejercicio del mismo.

La “judicialización” de la ejecución de la pena, básicamente significó que las garantías constitucionales del proceso penal se extienden a la ejecución de la pena, y ello incluye la presencia activa de un defensor del condenado.

El citado artículo 491 del CPP Nación, al habilitar la intervención de la defensa técnica en esta etapa a través de su participación en los incidentes que tramitan ante los juzgados de ejecución, estatuye un modo de acceso a la justicia de ejecución para las cuestiones inherentes a la ejecución de la condena.

No obstante, no todas las situaciones que tienen incidencia o repercusión en el aspecto cualitativo de la pena se resuelven en sede judicial mediante un incidente de ejecución, ya que decisiones de suma relevancia son decididas por la administración

⁷⁰ El artículo 491CPP Nación, al regular el trámite de los incidentes en la etapa de ejecución, señala que los mismos podrán ser planteados por el ministerio fiscal, el interesado o su defensor, y que contra las resoluciones del juez de ejecución sólo procederá el recurso de casación.

penitenciaria a través de procedimientos que afectan derechos fundamentales, y en los que no se prevé la intervención de la defensa técnica.⁷¹ El Comité contra la tortura de Naciones Unidas, ha considerado que uno de los problemas esenciales del encierro carcelario, es la falta de defensa técnica para el imputado, quien se encuentra inerme e indefenso ante las autoridades administrativas a la hora en que puedan surgir sanciones.⁷²

En general, la CNCP había mantenido una postura muy restrictiva para el acceso a la vía recursiva (instancia fundamental que también hace al derecho de defensa), de toda cuestión penitenciaria que no se relacionara con la libertad condicional y su revocación, cómputo de pena y medidas de seguridad. Entonces, cualquier otra problemática que versara sobre derechos, institutos o materias reguladas en la ley de ejecución 24.660, una vez refrendadas por el juez de ejecución, quedaban sin derecho al contralor por el órgano superior.⁷³ A partir del año 1999 comenzó a vislumbrarse un criterio más aperturista en algunas salas⁷⁴, pero es con el trascendente fallo de la Corte Suprema de Justicia “Romero Cacharane”⁷⁵ en 2004, donde se determina el sentido amplio del derecho al recurso, y básicamente, el alcance de protección constitucional sobre las personas que cumplen pena de prisión efectiva.

En lo que aquí interesa, la materia traída a la Corte refería a la imposición de una sanción disciplinaria, de quince días de encierro en celda de aislamiento del pabellón de máxima seguridad en una cárcel de la provincia de Mendoza, sin que el condenado haya tenido posibilidad de derecho de defensa. La defensa oficial recurrió la sanción ante el juez de ejecución, que la confirmó. La Sala II de la CNCP, invocando

71 Entre ellas, la clasificación inicial que efectúa la administración y que determinará la fase o período del régimen progresivo en que se ubicará el interno y el tipo de establecimiento; las sanciones disciplinarias en el ámbito del servicio (que son recurribles por el interesado ante el juez, pero sin efecto suspensivo -salvo disposición expresa del magistrado-, art. 96 ley 24.660); los traslados de establecimiento o los cambios de alojamiento dentro del mismo establecimiento; las calificaciones trimestrales de Conducta y Concepto, y determinadas decisiones sobre retrocesos en las diversas etapas del régimen progresivo. A mediados de 2012, el Servicio Penitenciario Federal implementó un proyecto piloto mediante el cual corre vista a la Defensoría General de la Nación al dar inicio a un proceso disciplinario respecto a detenidos localizados en el Complejo Penitenciario de Ezeiza, y respecto a detenidos analfabetos del resto del país.

72 Comité contra la tortura de la ONU, Examen de los informes periódicos presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 19 de la Convención, Paraguay, 13 de septiembre de 2000, párr. 16 b) (CAT/C/49/Add.1).

73 Así, CNCP, Sala I, “Roldán, Carlos Augusto s/ recurso de queja, causa 1358, registro 1709, rta. el 13 de agosto de 1997.

74 Ver la evolución de la jurisprudencia de la CNCP en este sentido –siendo la sala IV la única que se inclinó por la apertura del recurso de casación para todos los institutos previstos en la ley 24.660-, en YOMHA, Diego García, El problema de la vía recursiva en el marco de la ley 24.660, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 17, Editorial Ad.hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 213-255.

75 CSJN, RHE, Causa R 230/98, Libro 34, rta. el 9 de marzo de 2004.

la jurisprudencia restrictiva a la apertura casatoria, declaró mal concedido el recurso de casación de la defensa, que insistió con la vía extraordinaria. La Corte Suprema ordenó a la Casación dictar nuevo pronunciamiento; y con invocación extensa de preceptos de derecho internacional de derechos humanos, y de resoluciones de los organismos de protección interamericana, señaló respecto a los condenados a pena de prisión efectiva -con una cita de la CIDH, que a su vez aludía a la Corte IDH- que: “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio de los poderes públicos, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona”.⁷⁶

Si bien las repercusiones completas de esa resolución todavía deben ser mensuradas en las diversas jurisdicciones, lo importante es que para la CSJN, los jueces no pueden inhibirse cuando se trata del cercenamiento de derechos por parte de la administración penitenciaria. Pero ¿quién sino el defensor para acercar a los tribunales los reclamos de sus representados? En este aspecto, la inclusión del defensor como sujeto procesal habilitado a promover un incidente de ejecución contribuyó a solucionar las deficiencias que presentaban los reclamos de los detenidos –cuando los podían efectivizar- posibilitando su canalización adecuada.

Lo anterior, remite nuevamente al análisis de los mecanismos e instrumentos previstos por el Estado, para asegurar la cobertura real de las necesidades de acceso a un abogado en este ámbito.

Es claro que a medida que avanza el procedimiento penal, y en tanto el mismo supere los límites de un plazo razonable, las posibilidades -económicas y de trato continuado- de contar con abogados particulares, se manifiestan en forma inversamente proporcional. Pero el punto culminante se verifica cuando se arriba a la certeza judicial -agotados todos los recursos- de la sentencia de condena a una pena de efectivo cumplimiento, que si es de cierta entidad temporal, hace entrar en escena de manera prácticamente excluyente a la defensa oficial.

Al instituirse la justicia de ejecución a partir del nuevo sistema procesal federal, se estableció que un defensor de ejecución actuaría ante ella en la ciudad de

⁷⁶ *Ibidem*, considerando 11), cita textual del Informe CIDH 38/96, Caso 10.506, Argentina, 15 de octubre de 1996, párr. 61 (el informe se refiere a la observación de las prácticas de las autoridades penitenciarias argentinas, respecto a las mujeres que ingresaban a los establecimientos carcelarios, de llevar a cabo revisiones vaginales).

Buenos Aires –en el interior del país, esa función la ejercen los defensores federales de juicio oral-. Desde 1993 hasta más de diez años después, sólo se contaba con un defensor ante esa sede, no habilitándose por ley más cantidad de cargos de magistrados defensores ante la justicia de ejecución, según el sistema de designación y selección establecido en la ley 24.946 para el Ministerio Público de la Defensa. ¿Hace falta recordar qué había ocurrido en ese decenio a partir del aumento inaudito de la población carcelaria, y su incidencia en detrimento del trato digno a los internos? ¿era necesario –todavía- concientizar acerca de las condiciones paupérrimas y de sujeción a la discrecionalidad penitenciaria en las que normalmente se cumple el encierro? ¿puede decirse, entonces, que el legislador había garantizado en su expresión amplia, el acceso a la justicia de ejecución?

Piénsese que esa sola Defensoría Oficial ante los Juzgados de Ejecución Penal de la Capital Federal, representaba en esos años a una población penitenciaria cuya variación oscilaba entre las 4500 y 6000 personas (incluyendo enfermos mentales internados en unidades psiquiátricas en función de medidas de seguridad); además de ejercitar el contralor de la defensa, en la tramitación de cerca de 20.000 legajos de suspensión de juicio a prueba; en las contingencias de las penas en suspenso y de la aplicación de las medidas de seguridad de la ley sobre estupefacientes 23.737. También, la representación de las personas que se encuentran en libertad, pero sujetas a los institutos de libertad condicional o libertad asistida. Se calculaba entonces que la defensoría tenía un manejo aproximado de 300 legajos diarios (entre notificaciones y traslados) y más de 150 llamadas telefónicas por día, por las dos líneas habilitadas.⁷⁷

Algunas medidas han contribuido a paliar la situación apuntada, entre las que figuran la creación por el legislador de otra defensoría oficial con igual competencia, pero básicamente, el establecimiento por vía de superintendencia del servicio, de unidades funcionales integradas por funcionarios expertos seleccionados por concurso –aunque con la precariedad que significa la carencia de estructuras de defensorías creadas por ley-, y la puesta en marcha de variados programas y comisiones de la Defensoría General de la Nación que coadyuvan con las materias básicas que conforman el actuar del fuero (Comisión de Cárceles; Comisión de Migrantes; Programa sobre problemáticas sociales y relaciones con la comunidad; Comisión de género, entre otras).

⁷⁷ Véanse los Informes anuales de la Defensoría General de la Nación presentados al Congreso Nacional. En el ámbito del Ministerio Público de la Defensa actúa una Comisión de Cárceles que efectúa un seguimiento y contralor de problemáticas penitenciarias.

Pero la problemática no es posible reducirla solamente a necesidades de cobertura a partir de recursos expertos. No se puede desconocer la distribución geográfica de los centros penitenciarios en el país, de cara al fundamental significado que reviste el contacto real con el preso en su lugar de alojamiento, para ver cómo las disposiciones normativas, y las necesidades de la realidad, hablan en este caso lenguajes muy diferentes⁷⁸.

3.2. La intervención útil y efectiva de la defensa técnica. El derecho a una asistencia jurídica competente y adecuada

Ya desde antiguo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció que se encuentran violentadas reglas fundamentales del procedimiento, y que el acusado es condenado sin ser oído –no obstante haber efectuado un descargo en su declaración indagatoria-, si el defensor que tiene asignado no ha realizado ninguna actuación en su favor ni utilizado los mecanismos que el derecho pone a su cargo. Así, en el caso “Rojas Molina”⁷⁹ de 1941, luego de reafirmar esa idea (el imputado había alegado un obrar en legítima defensa), la Corte aseguraba que “Ninguna disposición legal autoriza a dar por decaído el derecho de presentar la defensa cuando se ha vencido el término legal sin hacerlo, y la prosecución del juicio sin ese requisito esencial. Por el contrario, toda la estructura del Código de Procedimientos demuestra la necesidad de una defensa efectiva”. Todavía desde tiempo anterior, la CSJN viene diciendo que en materia criminal, la garantía del debido proceso, consiste en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia⁸⁰. Y ya en 1868 había señalado respecto a quienes eran traídos a proceso que “es de equidad y aún de justicia, apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de su ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor”⁸¹; y “que el ejercicio de la defensa debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que le asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio”⁸². Ello para que el juicio se desarrolle en paridad de condiciones respecto de quien ejerce la acción pública y quien debe soportar la imputación (doctrina de

78 Ver en este sentido LÓPEZ PULEIO, María Fernanda; *Acceso a la justicia (también) para los detenidos*, en *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, compilado por Haydée Birgin y Beatriz Kohen, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2005, ps. 177-187.

79 CSJN, Fallos 189:34.

80 CSJN, Fallos 125:10.

81 CSJN, Fallos, 5:459.

82 CSJN, Fallos, 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2502.

Fallos 237:158).⁸³ Para la Corte, una transgresión de entidad a la garantía de defensa “debe ser atendida y resuelta con antelación a cualquier otra cuestión que se hubiere planteado”.⁸⁴

De igual forma, la CIDH ha enfatizado en que debe proporcionarse a quienes sean acusados penalmente, un patrocinio letrado competente y efectivo,⁸⁵ y que las obligaciones del Estado respecto al deber de garantizar la asistencia letrada, conllevan el brindar posibilidades razonables para permitir el contacto entre el defensor y su asistido.⁸⁶

Entonces, si el derecho a la asistencia jurídica es parte esencial del derecho de defensa del imputado, para la satisfacción de la garantía no basta con que formalmente se haya legitimado a un defensor para actuar en juicio; sino que, en primer lugar se le debe haber dado oportunidad *útil* de hacerlo en la defensa del justiciable, y segundo término, su intervención debe ser competente y adecuada.

Una problemática que se reitera con cierta regularidad, es la situación provocada ante la renuncia –cuando no abandono implícito- o necesidad de revocatoria de mandato de abogados particulares, mientras se encuentran corriendo plazos procesales; o en los períodos inmediatamente anteriores al inicio de una audiencia de juicio oral. Esta situación, más allá de provocar un sobrecarga imposible de prever a los fines de superposición de audiencias de los defensores oficiales –ya que no suele ser común que otro letrado particular asuma el caso en estas condiciones-, redundan en una evidente limitación para una defensa técnica efectiva. Y los tribunales penales, en su deber de resguardar la asistencia jurídica del imputado, -más allá del distingo de situaciones, que deberán ser evaluadas en forma casuística, a fin de discriminar

83 La CSJN resolvió el 12 de febrero de 2002, por vía de superintendencia, una situación particular; el Tribunal Federal de Resistencia autorizó al Sr. Cano a autodefenderse en el marco del art. 104 CPP Nación, pero también le asignó al defensor público en carácter de “asesor técnico”. La defensa pública se negaba a intervenir en tal carácter. La Corte, con cita de la doctrina referida, anuló la decisión del tribunal, considerándola incompatible con la norma vigente: “Esta decisión no solo ha dado lugar a este inusitado conflicto en la causa, sino que como mayor gravedad, ha importado un efectivo estado de indefensión, pues la superposición de roles ha provocado un irregular ejercicio de la defensa técnica del imputado, que –de hecho- han imposibilitado llegar al juicio que permite arribar a una decisión que ponga fin a este dilatado proceso, resolviendo en forma definitiva su situación frente a la ley y a la sociedad” (Expte. 3445/2000 “Cano, Antonio Francisco s/supuesta infracción decreto ley 6582/58). El hecho recuerda la figura del defensor-garante del derecho italiano, y toda la discusión de la década del 70 sobre las posibilidades y límites de la autodefensa, discusión que se renueva periódicamente y que muy lejos está de haber perdido vigencia. Ver AA.VV, GREVI, Vittorio (a cargo de), *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, en *Giustizia Penale oggi/1*, Zanichelli, Bologna, 1977. Ver también nota 24.

84 CSJN, Fallos 319:192.

85 CIDH, Informe 41/2004, caso 12.417, Whitley Myrie, Jamaica, párrafo 5.

86 CIDH, Informe 49/2001, Jamaica.

cuándo se verifica un estado de indefensión- no podrían hacer impactar en el imputado una debilidad en sus posibilidades de defensa porque se ha verificado la ausencia (no siempre física) de su defensor técnico.

Es claro que los plazos procesales de las partes se estipulan con criterio de realidad, a fin de que las peticiones que en ellos se invoquen tengan posibilidad cierta de ser ejercitadas. Sin embargo, no siempre los jueces reconocen que la situación planteada, si es convalidada, otorga una desventaja fundamental para las oportunidades de defensa y para las estrategias consensuadas entre defensa material y técnica.

El Tribunal en lo Criminal Federal N° 2 de esta Ciudad, resolvió positivamente en el caso “Efren Canosa” un planteo en este sentido⁸⁷. La culminación de la actuación del anterior defensor de confianza, cuando ya había transcurrido más de la mitad del plazo para ofrecer prueba (artículo 354 CPP Nación), significó la asignación de la defensa oficial que conocía por primera vez en la causa. La defensora pública argumentó que a la circunstancia acaecida, absolutamente ajena a la asistente, y cuyas motivaciones y justificantes se desconocían en el ámbito del proceso, no sólo importaba la afectación a un derecho reconocido por el derecho internacional de derechos humanos como parte constitutiva de la defensa del imputado, sino que justamente, por el carácter trascendente que reviste el derecho a ofrecer prueba, considerar sin más garantizada la asistencia adecuada porque se asignó un defensor, importaba desconocer que el principio de igualdad de armas –soporte de un real contradictorio- tenía como base justificante, la igualdad de *posibilidades* de intervención.

Así, refirió que cuando el artículo 14.3.b) del PIDCP dice que durante el proceso, toda persona acusada de delito tiene entre sus garantías mínimas la de “disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa”, ello alude también al rol de los abogados⁸⁸, lo que encuentra igualmente sustento en los citados *Principios sobre la Función de los Abogados de Naciones Unidas*, que ordena a las autoridades velar porque los abogados tengan acceso a la documentación pertinente, “con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una

87 TOFN° 2 de la Ciudad de Buenos Aires, “Canosa, Efren s/inf. arts. 288 inc. 2° y 174 inc. 5° del C.P.”, causa 557, resolución del 27 de junio de 2001.

88 Cf. Fair Trials Manual; en su traducción castellana, *Juicios Justos, Manual de Amnistía Internacional*, EDAI, Madrid, 2000, p. 63, que refiere que la disposición de tiempo y medios adecuados para preparar la defensa “es de aplicación tanto para el acusado como para su abogado en todas las etapas del procedimiento, y también antes del juicio y durante los recursos”.

asistencia jurídica eficaz”⁸⁹. En este sentido ha señalado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que “si un acusado cree que el tiempo que se le ha concedido para preparar su defensa (incluido el tiempo para hablar con su asesor jurídico y examinar la documentación) ha sido inadecuado, la jurisprudencia establece claramente que el acusado debe solicitar al tribunal que suspenda las diligencias por no haber dispuesto de tiempo suficiente para prepararse”.⁹⁰ El Tribunal Federal, a fin de salvaguardar el derecho de defensa, consideró que por las razones invocadas debía reanudarse íntegramente el plazo concedido a la defensa oficial para el ofrecimiento de prueba.

La CIDH, en un caso donde el juez de instrucción permitió que se introdujeran pruebas que podían ser perjudiciales para el imputado, en ausencia del defensor, señaló que debió resultar evidente al juez, que continuar el proceso en esas condiciones, podía limitar su defensa y privarlo de su derecho a un patrocinio efectivo, “incluido el derecho que le reconoce el artículo 8.2.c) de la Convención de disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, y el que le reconoce el artículo 8.2.f) de la Convención de interrogar a los testigos presentes en el tribunal, derechos que sólo pueden ejercerse adecuada y efectivamente a través de la presencia del abogado patrocinante”⁹¹. Disposiciones del Comité de Derechos Humanos, y de la Comisión de Derechos Humanos del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, han ido en igual sentido⁹².

En un ámbito no exento de importante tropiezos y contramarchas, la CNCP fue marcando un camino impregnado por la naturaleza del contradictorio (no definitivamente desandado por los tribunales), al considerar positivamente agravios de la defensa referidos a la imposibilidad de controlar prueba de cargo - ingresada por

89 Así, Principio 21: “Las autoridades competentes tienen la obligación de velar porque los abogados tengan acceso a la información, los archivos y los documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz”.

90 CDHNU, *Douglas, Gentles and Kerry v. Jamaica* (352/1989), 19 de octubre de 1993, Informe del CDHNU, vol II (A/49/49), 1994; y *Sawyers and Mc. Lean v. Jamaica*, (226/1987 y 256/1987), 11 de abril de 1991, Informe del CDHNU (A/46/40), 1991.

91 CIDH, Informe 41/2004 cit, párrafos 59.

92 El CDHNU en su Comunicación 867/1999 Guyana, del 19/08/2004, ha señalado que “el hecho de que la mayoría de los testigos de cargo fueran interrogados por primera vez en esa etapa del proceso (previa al juicio) y fueran sometidos a interrogatorio por el hijo de la autora, muestra que, para hacer justicia, habría hecho falta asegurar representación letrada al hijo de la autora mediante asistencia letrada...” –la aclaración entre paréntesis me corresponde-. La Comisión de Derechos Humanos en su Resolución 2003/39, instó a los Estados “a que garanticen que se respete el principio de la igualdad ante los tribunales y ante la ley dentro de sus sistemas judiciales, en particular ofreciendo a las personas sometidas a juicio la posibilidad de interrogar, o que se interrogue en su nombre, a los testigos de cargo y de conseguir la comparecencia e interrogatorio de testigos de descargo en las mismas condiciones”(pto. 7).

lectura al debate y valorada en la sentencia- ejerciendo de esta forma su importante rol nomofiláctico. Ese impulso, que se verificó a partir del caso “Abasto” de la sala I⁹³, y que refiere a la necesidad de control “útil y eficaz” de la prueba de cargo por parte de la defensa (material y técnica), como requisito para su valoración por parte del tribunal, encontró eco en la Corte Suprema en la causa “Benítez”⁹⁴, donde descalificó una sentencia de la Cámara de Casación que a su vez había convalidado una condena del tribunal de juicio sustentada casi exclusivamente en testimonios que ni el imputado ni su defensor habían podido controlar .

Es que la defensa *implica* el contradictorio, que es el más importante instrumento de control del método de prueba acusatorio, por lo que se debe admitir el carácter de contradictor en todo acto probatorio, para que la contienda sea leal⁹⁵.

Desde otro lugar, la necesidad de presencia activa del defensor puede verse también en la doctrina tradicionalmente garantista de la CSJN sobre las presentaciones *in pauperis forma*; conformada a partir de la flexibilización de los requisitos formales para la interposición del recurso extraordinario federal por parte de los imputados. Ella alude a la necesidad de otorgar trámite legal a los escritos sin firma de letrado, de modo de inhibir cualquier denegatoria de justicia. Así, por ejemplo, cuando las resoluciones denegatorias de los tribunales inferiores son notificadas al interesado⁹⁶, y éste deja asentada la expresión “apelo”, o interpone recurso extraordinario, o presenta una nota sin firma de letrado manifestando su rechazo a la denegatoria de que se trate, la Corte Suprema ha establecido que a esos escritos debe otorgársele el alcance de una manifestación de voluntad de ser asistido de manera adecuada para interponer los recursos de ley, nulificando resoluciones de jueces inferiores que rechazan *in limine* estas presentaciones por defectos formales.

En estos casos, la Corte Suprema ha señalado que es deber de los tribunales dar intervención al defensor para fundar la petición⁹⁷, y que si bien “no es

93 CNCP, Sala I; “Abasto, Héctor Juan s/rec. de casación”, rta. el 11 de febrero de 1999, registro 2602; en igual sentido “Almada, Sergio Martín s/ rec. de inconstitucionalidad”, rta. 2 de marzo de 1999, registro 2627 y “Reyna, Jorge Fernando s/rec. de casación”, rta. el 21 de marzo de 2002, registro 4918, con invocación de normas y jurisprudencia del derecho internacional de protección de derechos humanos (conf. art. 8.2.f CADH y 14.3.e PIDCP).

94 CSJN “Benítez, Aníbal Leonel” Fallos 329:5556).

95 FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, pp. 613 y 614.

96 Si bien en alguna oportunidad la Corte Suprema realizó distingos según que el imputado estuviera privado de su libertad o no, en nuestros días ha retomado un tratamiento uniforme, aplicando la doctrina de los recursos *in pauperis forma*, sin atender a la cuestión de la privación de la libertad. Ver, entre otros, Villarroel Rodríguez, Oscar Alejandro (V. 146 XXXIX, rta. El 21/9/2004).

97 CSJN, Fallos 310.493, entre muchos otros.

obligación de la asistencia técnica del imputado fundar pretensiones de su defendido que no aparezcan, a su entender, mínimamente viables, ello no la releva de realizar un estudio serio de las cuestiones eventualmente aptas para ser canalizadas por las vías procesales pertinentes, máxime porque se trata de una obligación que la sociedad puso a su cargo (Fallos 310:2078), ya que no puede imputarse al procesado la inoperancia –a la que ha sido ajeno- de la institución prevista para asegurar el ejercicio de su derecho constitucional, cuya titularidad ostenta exclusivamente y cuya inobservancia puede acarrear responsabilidad internacional al Estado Argentino (art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; arts. 1 y 8, párrafo 2, incs. d y e, de la Convención Americana de Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1; 14.3.b y d; Fallos: 318:514)”. La cita anterior, que corresponde a una resolución de la Corte Suprema del 16 de noviembre de 2004⁹⁸, refiere a un caso tramitado en la justicia provincial de Córdoba. A partir de la condena que recayera sobre el señor Núñez, el mismo fue interponiendo sendos recursos *in pauperis*, y al darse intervención a la defensa pública, ésta se limitó a reiterar la presentación del interesado, solicitando se haga lugar al recurso, “en cumplimiento del deber que el cargo impone”, pero dejando a salvo su opinión contraria al mismo. La Corte hizo en esta resolución, una fuerte advertencia a los tribunales inferiores y a los distintos sujetos procesales que intervinieron en la causa, sobre las dimensiones del estado de indefensión al que habían dejado expuesto al recurrente durante toda la tramitación de la misma. A los tribunales

98 CSJN, N. 19 XXXIX, PVA “Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario, consid. 9°. Disidencia de los Ministros Petracchi, Bossert y Boggiano -en un caso de la Provincia de Córdoba: CSJN, P. 99/99 RHE “Pancia, Marcelo Néstor s/p.s.a. robo calificado etc.”, rta. el 23 de octubre de 2001, consid. 7°, con cita de “Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984)-. En esta última sentencia, la Corte por Mayoría declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja ante ella (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pero la disidencia, señaló la nulidad de lo actuado a partir del recurso de casación por ineffectividad de la defensa técnica. El imputado había presentado un recurso de queja *in pauperis* forma que fue rechazado por extemporáneo. El Tribunal agregó que no le era aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre flexibilización de las exigencias relativas a la temporaneidad de las apelaciones, por no encontrarse el imputado en una situación fáctica que pudiera asimilarse a la de una persona privada de libertad carente de asistencia técnica. El imputado vuelve a realizar una presentación sin firma de letrado, interponiendo recurso extraordinario federal, diciendo en primer lugar que sí se encontraba privado de su libertad, y que su defensa pública no lo asistía en modo alguno –ya que cuando fundó la casación, expresó que lo manifestado por su pupilo no era correcto, conforme a las pruebas de la causa-. El Tribunal decidió nuevamente darle vista a la misma defensora para que lo funde. Ella se inhibe ante el Tribunal (en Córdoba la defensa pública no es autónoma respecto del Tribunal Superior), diciendo que le es imposible defenderlo, y que éste “se esmera en forma sarcástica y reiterada por dejar sentado que el mismo careció de defensa, que esta defensa se negó a asistirlo, que ejerció una asistencia legal aparente...”, y que su defendido “degradó así falsamente la función técnica realizada por ella” (consider. 4°). Pero el Tribunal rechazó la excusación, considerando que la actuación de la defensora no mereció una evaluación negativa por parte de los jueces. La defensora, entonces, fundó sintéticamente el recurso que no fue concedido por el mismo Tribunal Superior. Nuevamente, el recurrente llega a la Corte Suprema, y su presentación se funda por el defensor ante ella, que invoca la nulidad del trámite recursivo por defensa técnica ineficaz.

-que invocaron deficiencias formales para evitar considerar los agravios invocados de manera sencilla y clara por parte de Núñez- porque no resguardaron las deficiencias de la asistencia letrada –a la que tampoco le notificaron con anticipación medidas de prueba-, y no establecieron las circunstancias por las cuales el imputado permaneció más de diez días sin contar con asistencia letrada y sin comparecer ante la autoridad fiscal y/o judicial que había solicitado su detención; al fiscal de instrucción, que dispuso de manera contraria a la ley declarar inadmisibles la oposición *in pauperis* a la prisión preventiva; al abogado particular, que siquiera ofreció prueba y renunció a su mandato a 48 hs. de iniciarse la audiencia de debate; a los defensores públicos, la falta de diligencia en el control de prueba de cargo y la renuencia a fundar técnicamente los diversos recursos. Con invocación de la doctrina de la CIDH, la Corte enfatizó sobre la necesidad de considerar que el derecho de recurrir el fallo a una instancia superior es fundamental para garantizar el derecho de defensa, y que para eso los recursos no pueden regularse, interpretarse ni aplicarse con rigor formalista.⁹⁹

Ahora, una situación que suele generar inconvenientes, es que las resoluciones denegatorias no siempre se notifican al imputado, sino sólo al defensor técnico. En estos casos, como principio, no deberían considerarse extinguidos los plazos procesales para recurrir, porque eso significaría vedar el derecho a impugnar –y por consiguiente el derecho de defensa- a quien es el titular de la protección de la garantía.¹⁰⁰

Para que pueda determinarse si hubo o no asistencia legal adecuada, deben analizarse la totalidad de circunstancias de cada caso en particular, ya que resulta claro que no existe un catálogo prefijado de reglas que permitan concluir *ex ante* si la actuación del defensor estaba encaminada a ser efectiva. En algún pronunciamiento, Ministros del Tribunal han referido, con cita de su similar de Estados Unidos, que en esta materia se debe ser cautos para no “restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas (pues) el acto u omisión de un defensor que...

99 CIDH, Informe 24/92 “Costa Rica, Derecho de revisión fallo penal”, Casos 9328 y otros del 2 de octubre de 1992.

100 Con fecha 30 de junio de 1995, la Corte Suprema de Justicia había cambiado su histórica jurisprudencia en este punto; así en “Albarenque, Sixto Omar s/delito de favorecimiento de evasión” señaló que las decisiones que resuelven recursos de naturaleza extraordinaria deben ser notificadas a la defensa técnica, y que la decisión de la Corte según la cual, el plazo para deducir recurso extraordinario se computa a partir de la notificación personal al procesado (Fallos 291:572 y 302:1276), se refería a las sentencias condenatorias recaídas en el anterior procedimiento escrito. Nuevamente la Corte, con su nueva composición, resolvió el 21 de septiembre de 2004 que “lo que debe tenerse en cuenta para el cómputo del plazo en la interposición de la queja, es la notificación personal al encauzado de la decisión que acarrea la firmeza de la condena” (“Dubra, David Daniel s/ causa 348).

es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro”¹⁰¹, y que si bien debe prevalecer en esta materia el interés del titular de la garantía -pero no para obligar al defensor a fundar lo *infundable*¹⁰²-, la defensa técnica que no sólo se opone a apelar, sino que se dedica a controvertir y desmenuzar la estrategia utilizada por el imputado, instando al tribunal a confirmar la condena, mina el carácter adversativo del proceso.¹⁰³

Cierto es que no siempre los extremos a considerar respecto a la incompatibilidad de la defensa material y técnica son tan explícitamente antitéticos, pero los tribunales no pueden renunciar a ejercitar su debido contralor en cada caso.

En el caso “Luvelo”¹⁰⁴ el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires, resolvió por mayoría declarar la nulidad de la declaración indagatoria del imputado –y los actos subsiguientes- porque en la misma había sido asistido técnicamente por un abogado que se encontraba indicado en la misma causa

101 CSJN, disidencia de los Ministros Petracchi, Bossert y Boggiano -en un caso de la Provincia de Córdoba: P. 99/99 RHE “Pancia, Marcelo Néstor s/p.s.a. robo calificado etc.”, rta. el 23 de octubre de 2001, consid. 7°, con cita de “Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 1984)-. En esta última sentencia, la Corte por Mayoría declaró la inadmisibilidad del recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la queja ante ella (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), pero la disidencia, señaló la nulidad de lo actuado a partir del recurso de casación por ineffectividad de la defensa técnica. El imputado había presentado un recurso de queja in pauperis forma que fue rechazado por extemporáneo. El Tribunal agregó que no le era aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre flexibilización de las exigencias relativas a la temporaneidad de las apelaciones, por no encontrarse el imputado en una situación fáctica que pudiera asimilarse a la de una persona privada de libertad carente de asistencia técnica. El imputado vuelve a realizar una presentación sin firma de letrado, interponiendo recurso extraordinario federal, diciendo en primer lugar que sí se encontraba privado de su libertad, y que su defensa pública no lo asistía en modo alguno –ya que cuando fundó la casación, expresó que lo manifestado por su pupilo no era correcto, conforme a las pruebas de la causa-. El Tribunal decidió darle vista nuevamente a la misma defensora para que lo funde. Ella se inhibe ante el Tribunal (en Córdoba la defensa pública no es autónoma respecto del Tribunal Superior), diciendo que le es imposible defenderlo, y que éste “se esmera en forma sarcástica y reiterada por dejar sentado que el mismo careció de defensa, que esta defensa se negó a asistirlo, que ejerció una asistencia legal aparente...”, y que su defendido “degradó así falsamente la función técnica realizada por ella” (consider. 4°). Pero el Tribunal rechazó la excusación, considerando que la actuación de la defensora no mereció una evaluación negativa por parte de los jueces. La defensora, entonces, fundó sintéticamente el recurso que no fue concedido por el mismo Tribunal Superior. Nuevamente, el recurrente llega a la Corte Suprema, y su presentación se funda por el defensor ante ella, que invoca la nulidad del trámite recursivo por defensa técnica ineficaz. La disidencia culmina nulificando el proceso desde la interposición del recurso de casación, criticando el ritualismo con el cual el a quo resolvió las denuncias referentes a la carencia de asistencia legal oficial efectiva y a la descomposición irreversible del vínculo entre el imputado y la defensora, incompatible con las normas constitucionales.

102 CSJN, Fallos 310:2078; 320:854

103 CSJN, “Pancia...” cit, consid. 8°. Especialmente, la disidencia de la Corte adujo la particularidad de que pese al grado de enfrentamiento entre la defensora y su asistido, el tribunal obligó a la letrada a fundar las presentaciones realizadas por el mismo, “incluso aquellas donde el agravio central era el estado de supuesta indefensión en que se encontró por la falta de idoneidad de su defensora. En otras palabras, la defensora debía demostrar que su labor había generado un estado de indefensión a su pupilo” (consider. 9°).

104 TOC N° 9 de la Ciudad de Buenos Aires, “Luvelo, Alejandro Daniel s/estafa”, causa 1488, rta. el 11 de marzo de 2005.

como partícipe del delito que se le atribuía, y que la versión expuesta en aquella, era favorable a la situación del abogado. La defensora oficial había alegado, que no obstante que la elección del letrado había dependido de la voluntad del imputado, la situación reflejada colocaba a ese letrado en una posición absolutamente inadecuada para ejercer una defensa eficaz, y que debió haber sido advertido por el juez instructor que tenía intereses propios acerca de cómo se definiera el hecho imputado y las participaciones y responsabilidades en él. La resolución, con cita de la doctrina de la Corte, refirió que la defensa debe ser ciertamente eficaz, y que no puede provocar menoscabo alguno por acción o por omisión, no siendo libre en su plenitud, el ejercicio de una defensa material que recibe el asesoramiento y presencia de quien puede resultar eventualmente comprometido en la causa, según lo que refiera en sus declaraciones su propio defendido.¹⁰⁵

La CIDH, si bien ha reconocido que el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de desempeño del abogado defensor, por el carácter independiente de la profesión, asegura que “No obstante, el artículo 8.2.c) de la Convención impone a las autoridades nacionales la obligación de intervenir si la omisión del abogado de brindar un patrocinio eficaz es evidente o si la omisión es puesta en su conocimiento con suficiente claridad”¹⁰⁶. En este sentido se expidió el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al afirmar que “los conflictos de intereses que recaigan sobre el abogado (contratado o nombrado de oficio), verbigracia, por haber defendido a dos coimputados con intereses eventualmente contrapuestos, también serían susceptibles de revisión por el Comité”¹⁰⁷.

En la citada Observación General N° 32, el Comité realiza sin embargo, aunque de manera confusa, un sutil distinguo respecto a la responsabilidad internacional de los Estados según se trate de la intervención de abogados privados o públicos, al comentar en su punto V. los derechos de las personas acusadas de delitos. En efecto,

¹⁰⁵ La defensa oficial invocó los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, que estipulan dentro de sus obligaciones y responsabilidades, que “los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia... en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas éticas reconocidas que rigen su profesión” (Principio 14).

¹⁰⁶ CIDH, Informe 41/04 cit., con referencia a los casos Leroy Lamey y otros c/Jamaica, caso 11.826, Informe 49/01, Informe Anual 2000, párrs. 216-217; análogamente Corte Europea de Derechos Humanos, Kamasinsky c/Austria, 19 de diciembre de 1989, Serie A, N° 168, párr. 65, CDHNU, Young c/Jamaica, Comunicación N° 615/1995 (1997).

¹⁰⁷ CDHNU, Caso de los hermanos Taylor: P. Taylor, 6. 5, D. Taylor, 7.2 y Werenbeck, 9.8, cit. en GIALDINO, Rolando E., Los Derechos Civiles y Políticos ante el Comité de Derechos Humanos, Jurisprudencia 1995/2002, publicado en la Revista de Investigaciones, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Corte Suprema de Justicia de la Nación, N° 1 (2002) p. 211.

en el párrafo 32, al referirse al derecho reconocido en el PIDCP de comunicarse con un abogado de propia elección (art. 14.3.b), señala: “El Estado Parte no debe ser considerado responsable de la conducta de un abogado defensor, salvo que haya sido, o debiera haber sido, manifiestamente evidente para el juez que el comportamiento del abogado era incompatible con los intereses de la justicia¹⁰⁸; mientras que en el párrafo 34, que alude a la garantía de contar con un defensor de oficio siempre que el interés de la justicia lo exija (art. 14.3 d), expresa: “Los abogados nombrados por las autoridades competentes sobre la base de esta disposición deberán representar efectivamente a los acusados. A diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados a título privado¹⁰⁹, los casos flagrantes de mala conducta o incompetencia, como el retiro de una apelación sin consulta en un caso de pena de muerte¹¹⁰, o la ausencia durante el interrogatorio de un testigo en esos casos¹¹¹, pueden entrañar la responsabilidad del Estado por violación del apartado d) del párrafo 3 del artículo 14, siempre que haya sido evidente para el juez que el comportamiento del letrado era incompatible con los intereses de la justicia¹¹²”.

Resulta claro que en ambos casos, esas situaciones evidentes o “flagrantes” de indefensión, aparecen incompatibles con la fórmula “interés de la justicia”- más allá de cuáles sean los límites siempre difusos de su comprensión- por lo que deberían generar igualmente responsabilidad internacional del Estado. La contradicción que parece surgir en el párrafo 38 de la oración “*A diferencia de lo que ocurre con los abogados contratados...*” podría explicarse a partir de la consideración de un criterio menos estricto y de mayor amplitud, para ponderar si ha habido indefensión, cuando es ese mismo Estado el que buscó garantizar con la provisión de un defensor público, el “interés de la justicia” con una asistencia jurídica letrada adecuada. De otra forma, esa oración no puede sostenerse con lo señalado en el párrafo 32.

En el ámbito argentino, la Corte Suprema argentina, en su jurisprudencia de más de cien años sobre necesidad de una defensa efectiva en los procesos penales, ha ido extendiendo la protección de la garantía respecto a distintas manifestaciones del ejercicio del derecho a la defensa técnica, limitando progresivamente diversas

108 Comunicación N° 1128/2002, *Morais c. Angola*, párr. 5.4 (citada en el original).

109 Comunicación N° 383/1989, *H.C. c. Jamaica*, párr. 6.3 (citada en el original).

110 Comunicación N° 253/1987, *Kelly c. Jamaica*, párr. 9.5 (citada en el original).

111 Comunicación N° 838/1998, *Hendricks c. Guyana*, párr. 6.4. Respecto del caso de ausencia de un representante legal del autor durante el examen de un testigo en una audiencia preliminar, véase la comunicación N° 775/1997, *Brown c. Jamaica*, párr. 6.6. (citada en el original).

112 Comunicaciones Nros. 705/1996, *Taylor c. Jamaica*, párr. 6.2; 913/2000, *Chan c. Guyana*, párr. 6.2; 980/2001, *Hussain c. Mauricio*, párr. 6.3 (citada en el original).

limitantes en las respuestas jurisdiccionales de los jueces y tribunales inferiores, se trate de personas detenidas o en libertad, o de la intervención de abogados públicos o privados¹¹³.

4. LOS CAMINOS POR RECORRER

Hemos visto a lo largo de estas páginas cómo se verifican dentro del sistema general de administración de justicia penal, determinados ámbitos –a los que hemos denominado *críticos*- donde la exigencia debida para el acceso íntegro a un defensor, ofrece limitaciones singulares.

Esas falencias, sólo en ciertos aspectos se relacionan con deficiencias legales; antes bien, un entramado complejo de rutinas, concepciones culturales, más cierta dosis de indiferencia, coadyuvan en igual sentido. Como se vio, en algunos casos los tribunales gestionan los expedientes sin atención de la persona de carne y hueso, soslayando a quien es titular del derecho de defensa; en otros, se restringe la sujeción de las agencias policial y penitenciaria al contralor de la justicia penal y su sistema de garantías; y en otros, quienes deben ejercitar el arte de la defensa, traicionan la confianza depositada en ellos, agravando la situación de natural debilidad que conlleva la resistencia al accionar penal estatal.

Pero hemos observado también, resoluciones judiciales que honran el sentido profundo del derecho de defensa y de la asistencia jurídica adecuada; y a defensores aguerridos instando las mismas.

El problema es la distancia existente entre los comportamientos y formas resolutivas indicadas en primer término, y estas últimas decisiones jurisdiccionales; tanto más cuando la reducción de esa brecha depende de factores bastante diversos.

Es que el acceso a un defensor penal se ve necesariamente influido por las distorsiones de funcionamiento general que muestran los sistemas penales. Una de esas distorsiones más severas –y habitualmente la más ejercitada- es la utilización de la prisión preventiva como pena anticipada, que al convivir con la excesiva duración de los procedimientos, deriva en índices alarmantes de sobrepoblación carcelaria en condiciones infrahumanas de encierro.

113 Una síntesis de esa jurisprudencia en la página web de la Defensoría General de la Nación Argentina: www.mpd.gov.ar

Si las obligaciones y responsabilidad del Estado se extreman y son más exigibles cuando el sujeto titular de derechos queda a merced del mismo en una “institución total”, donde todo se regula y supervisa, y no puede por propia iniciativa contrarrestar a quienes los vulneran¹¹⁴, ¿qué protección le queda entonces al privado de libertad, ante el desmadre en que está sumido el sistema de encarcelamiento en Argentina?

Ya el Informe que *el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria* de la ONU realizó sobre su visita a la Argentina entre el 22 de septiembre y 2 de octubre de 2003¹¹⁵, señalaba la necesidad de realizar urgentes esfuerzos para mejorar la situación del sistema de detención en cárceles y comisarías de policía de nuestro país. El mismo alertaba sobre el problema principal consistente en la sobrepoblación de los centros de detención¹¹⁶, se mostraba “sorprendido al comprobar que muchas personas son mantenidas en detención preventiva de manera rutinaria, después que la investigación penal ha concluido”¹¹⁷, y que gran parte de los detenidos entrevistados no podían siquiera comunicarse con sus abogados defensores por teléfono¹¹⁸.

En algunas provincias la situación se encuentra en estado de colapso. Por caso, en la provincia de Buenos Aires, en la década 1994-2004 la población detenida ya se había triplicado, mostrando índices de sobrepoblación carcelaria inauditos¹¹⁹, mientras se sucedían denuncias por torturas y tratos crueles y degradantes en sus centros

114 *Ibidem*, párrafo 15.

115 Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (ONU), *Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la tortura y la detención, visita a la Argentina* (E/CN.4/2004/3/Add.3, 23 de diciembre de 2003).

116 *Ibidem*, párrafo 35: “En muchos centros visitados el Grupo comprobó que las celdas albergaban a más del doble de detenidos que aquellos que su capacidad física permitía... el Grupo recibió informes que en una provincia se había recurrido a la utilización de contenedores y camiones, sin ventanas ni ventilación, para albergar detenidos. La delegación comprobó también las malas condiciones sanitarias, sin acceso a servicios mínimos de higiene y de desagüe, detenidos enfermos que no recibían medicación; detenidos con sarna y colchones con garrapatas. En varios centros de detención visitados, los detenidos deben defecar sobre bolsas de polietileno”.

117 *Ibidem*, párrafo 39.

118 *Ibidem*, párrafo 41.

119 Puede verse en CELS, *Informe 2004 sobre Derechos Humanos en Argentina* (capítulo VI, La ilusión de las cárceles “sanas y limpias”, elaborado por Gustavo Platt con la colaboración de Cecilia Ales), Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2004, pág 289: “... hace casi diez años el Gobierno provincial decretó la emergencia carcelaria a raíz de que la población penal (9485 internos distribuidos en 28 establecimientos) prácticamente duplicaba las plazas reconocidas por la administración penitenciaria. A ellos se sumaban otras 2500 que se hallaban encarceladas en dependencias policiales. Casi una década más tarde, el 2 de julio de 2004, se hallaban privadas de libertad en el ámbito bonaerense un total de 29.793 personas. De ellas, 5441 estaban alojadas en dependencias policiales y 24.352 en establecimientos penitenciarios (...) En otras palabras, en una década, el desborde que llevó la declaración de emergencia casi se triplicó. Los 21.154 cupos denunciados por el Servicio Penitenciario Bonaerense (...) hasta el 30 de diciembre de 2003 suponen un déficit de más de 7000 plazas respecto del total de personas privadas de su libertad a esa fecha en el ámbito de la provincia de Buenos Aires”.

de detención¹²⁰, y el porcentaje de presos preventivos en relación a los condenados se establecía en 9 a 1.¹²¹

La defensa pública en la Provincia de Buenos Aires ha tenido una actitud enérgica en la protección de los derechos de los detenidos, documentando casos de tortura, instando los pertinentes *habeas corpus* y denunciando a los funcionarios que por acción u omisión violentaron derechos tan básicos. Sin embargo, muchos de esos defensores sufrieron intimidaciones, o fueron objeto de procedimientos disciplinarios.¹²² Y si bien es claro que los jueces no pueden inhibirse cuando se trata del cercenamiento de derechos de quienes están sometidos al sistema penal, ¿quién Los defensores deben poder ejercer sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas. Tampoco sufrirán ni estarán expuestos a persecuciones administrativas, económicas o de otra índole, a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, y reglas éticas que se reconocen a su profesión. Y cuando la seguridad de los abogados sea amenazada como consecuencia del ejercicio de sus funciones, deben recibir garantías y protección adecuada por parte de las autoridades.¹²³

Hoy lo que debemos discutir es cómo hacer frente a las exigencias que presenta la necesidad de cobertura íntegra del derecho de defensa, y su incursión en ámbitos y escenarios no previstos tradicionalmente. Cuando la legislación de nuestro

120 *Ibidem*, p. 279: “Las graves violaciones a los derechos humanos, asesinatos y torturas de presos, amenazas a funcionarios judiciales y redes de ilegalidad montadas desde el servicio penitenciario llevaron, en el año 2004, a intervenir el Servicio Penitenciario Bonaerense”.

121 *Ibidem*, p. 301. El fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema de Justicia significó un antes y un después para la protección de las condiciones dignas de detención de la Provincia de Buenos Aires, con derivaciones amplísimas y de alto impacto para la protección íntegra de los derechos fundamentales; “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, 3 de mayo de 2005, V. 856 XXXVIII.

122 La cuestión tiene ribetes especiales, porque en la Provincia de Buenos Aires, la Defensoría Pública no es autónoma funcionalmente, dependiendo de la estructura de la Procuración. Es decir, el jefe de los fiscales es quien ordena la tramitación de un sumario de un defensor público, su contraparte procesal. La situación fue analizada por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEP), que en su reunión en Punta del Este el 13 de marzo de 2005, expresó “su preocupación por las situaciones acaecidas en la Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a partir de la presentación por parte de Defensores Públicos, de acciones de habeas corpus a favor de personas torturadas en centros de detención. Proclama el absoluto rechazo a la iniciación de procedimientos disciplinarios, por parte de organismos diversos a la Defensa Pública, que signifiquen restricciones a la efectiva defensa de los derechos fundamentales de los detenidos y se solidariza con los defensores públicos que se han visto afectados por este tipo de medidas”. En 2012 nuevamente una situación similar se presenta respecto al Defensor General de la Provincia de Santa Fe.

123 CDHNU, Comentario General 32, párr. 38, con cita de la Comunicación N° 917/2000, Arutyunyan c. Uzbekistán, párr. 6.3.; Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, principios 16 y 18. La CIDH debió otorgar a una Defensora Pública de la Provincia de Buenos Aires, protección vía cautelar a raíz de lo referenciado. El 11 de julio de 2002 la Comisión renovó las medidas cautelares que habían sido otorgadas el 27 de agosto de 2001 a favor de una defensora pública de la Provincia de Buenos Aires, y a su familia. Los peticionarios alegaron amenazas, hostigamiento y llamadas anónimas relacionadas con el desempeño de sus funciones en la defensa de los derechos de los reclusos.

país prevé la asignación de un defensor público para patrocinar y asistir técnicamente a quienes soliciten a la Defensoría General acceder a los organismos internacionales de protección de derechos humanos, e impone la realización de todas las acciones conducentes para la defensa de esos mismos derechos y la facilitación de acceso a la justicia de los sectores discriminados (artículos 51 incisos v), d) y e) de la ley 24.946), o cuando dispone que los abogados particulares, en la sujeción a las normas de colegiación, deben brindar asistencia a las personas carentes de recursos¹²⁴, está pensando no sólo en una función social del ejercicio profesional, sino en el desempeño de un rol protagónico en la dinámica general de actuación de la justicia.

Como expresa el voto concurrente razonado del Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte IDH en el caso “Tibi vs. Ecuador” del 7 de septiembre de 2004: “Ciertamente, esos “estándares” internacionales coinciden en muy amplia medida, o acaso totalmente, desde la perspectiva de las normas vigentes, con los propósitos y los mandamientos recogidos por los ordenamientos supremos nacionales, e incluso por gran parte de la legislación secundaria. Es preciso desplegar, por ende, la voluntad política y jurídica de los Estados que suprima de una vez las violaciones más frecuentemente observadas y acredite el ingreso a nuevas etapas en la tutela de los derechos fundamentales. De lo contrario, seguiremos encontrando los mismos hechos violatorios, exponiendo los mismos argumentos y emitiendo las mismas opiniones o resoluciones, sin que esto cale tan profundamente como debiera en la vida de nuestras naciones”.¹²⁵

Por todas estas razones el defensor penal representa tanto para quienes reciben el peso del poder penal estatal. Y es que tampoco debemos olvidar – parafraseando a Calamandrei- que para las personas simples, las razones asumen una fuerza irresistible cuando se imponen por la autoridad o están escritas en papeles con membretes. La función de los abogados será también impedir, que los que deban atravesar esa instancia -y en nombre de un sacro terror a los tribunales- se dejen sacar hasta la camisa.¹²⁶

124 Ley 23.187, sancionada el 5 de junio de 1985; artículos 6 b), 55, 56 y 57.

125 Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Voto Juez Sergio García Ramírez, párr. 9.

126 CALAMANDREI, Piero, *Il processo come gioco*, en *Rivista di diritto processuale*, vol 5, parte I, Cedam, Padua, 1950, ps. 23-51.