



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO**



**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA
POLÍTICA**

**EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA DEFENSA
COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL
EJERCICIO EFICAZ DE LA DEFENSA PÚBLICA
PENAL**

**Tesis presentada para optar el Grado Académico de Doctor y Ciencia
Política**

PRESENTADO POR:

MG. CARLOS VILLALOBOS CABRERA

Lambayeque - Perú, Marzo del 2018

TESIS
EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA DEFENSA COMO GARANTÍA DEL
DEBIDO PROCESO Y EL EJERCICIO EFICAZ DE LA DEFENSA PÚBLICA
PENAL

Mg. Carlos Villalobos Cabrera

AUTOR

Dr. José María Balcazar Zelada

ASESOR

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD
NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO DE:

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.

APROBADO POR:

Dr. Rafael Hernández Canelo

PRESIDENTE

Dr. Carlos Alfonso Silva Muñoz

SECRETARIO

Dr. Humberto Falla Lamadrid

VOCAL

DEDICATORIA

A nuestro Padre Celestial por ser guía y fuerza espiritual en mi vida, quien nos ilumina cada día y encomendamos nuestras vidas, haciendo lo posible en la permanencia en el camino y nos fortalece para el progreso de nuestras vidas.

De manera especial a mis padres y a mis hermanos(a), por ser la fuente de inspiración inagotable de sabiduría, energía y estímulo de superación en mis estudios de Post Grado.

A mi asesor, por servir de guía y colaboración en la culminación de la presente investigación y a mis profesores de la Escuela de Postgrado que contribuyeron a la realización de este trabajo, acrecentar mis conocimientos e hicieron posible alcanzar el exitoso anhelo de obtener el grado de Doctor.

AGRADECIMIENTO

En especial de corazón a Dios Todo Poderoso por su amor infinito, por ser guía en los quehaceres diarios de mi vida; a mis padres, y hermanos(a), quienes inculcan valores e impulsa a seguir adelante para lograr esta investigación, forjando en mí, a una persona impetuosa, cuyo fin es ser su máximo orgullo, al lograr conseguir mis metas académicas y profesionales.

A la Escuela de Postgrado, por posibilitar los estudios de calidad, haciendo factible la aspiración de ser profesional; a la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que contribuyo a la realización de ésta investigación; a mi asesor, por el apoyo permanente, despejando mis dudas, logrando cristalizar con esfuerzo y dedicación, encaminándome al nuevo horizonte del quehacer académico docente.

INDICE

Dedicatoria.

Agradecimiento.

Resumen

Abstract

Introducción

CAPÍTULO I:

Análisis del Objeto de Estudio

1.1.	Surgimiento del problema	14
1.2.	El Problema	15
1.2.1.	Formulación del problema	16
1.2.2.	Justificación	16
1.2.3.	Objetivos de la investigación	17
1.2.3.1.	Objetivo General	17
1.2.3.2.	Objetivos Específicos	17
1.3.	Aspectos metodológicos	18
1.3.1.	Formulación de hipótesis	18
1.3.2.	Variables e indicadores	18
1.4.	Marco metodológico	19
1.4.1.	Tipo de investigación	19
1.4.2.	Diseño de contrastación de hipótesis	19
1.4.3.	Población y muestra	20
1.4.4.	Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos	21
1.4.5.	Métodos y procedimientos de recolección de datos	21

CAPÍTULO II

Marco Teórico

2.1. Antecedentes de estudio	23
2.2. Los derechos fundamentales	27
2.3. El derecho procesal penal	29
2.4. Apuntes sobre la defensa pública en el Perú	32
2.5. El derecho a un defensor de confianza	33
2.5.1. Como derecho humano fundamental	33
2.5.2. La defensa técnica como derecho	37
2.5.3. El derecho a la defensa como parte del debido proceso	40
2.6. La defensa en el Nuevo Código Procesal Penal	43
2.7. Principios fundamentales que comprende el derecho de defensa	47
2.8. Derecho a la defensa eficaz	51
2.9. Derecho del imputado a elegir defensor	51
2.10. Derecho del imputado a ser asistido por defensor público	55
2.11. Deber de apartamiento del defensor	59
2.12. El derecho de acceso a la justicia	67
2.12.1. Evolución histórica	68
2.12.2. La defensa gratuita en la Constitución de 1993	71
2.12.3. Situación actual	73
2.13. La defensa pública como vía para acceder a la justicia	78
2.13.1. Defensa Pública en materia civil, familiar y laboral	79
2.13.2. Defensa de la víctima	79
2.13.3. Defensa Pública Penal	80
2.13.4. Conciliación extrajudicial	81
2.13.5. Arbitraje Popular	82
2.14. La defensa gratuita en el derecho comparado	83
2.15. La Defensa Pública	90
2.16. La asistencia jurídica como fundamento del trabajo del defensor	95
2.17. La figura del defensor público	99
2.18. Principales desafíos de la defensoría pública interamericana	103

2.19. La autonomía de la defensa pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz	105
2.20. Diez principios rectores de sistemas de provisión de servicios de defensa pública	107

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

3.1. Presentación de resultados	114
3.2. Contratación de la hipótesis	133
3.3. Propuesta teórica - legal	134
3.3.1. Base constitucional	134
3.3.2. Base Procesal Penal	136
3.3.3. La legislación	138
3.3.4. Propuesta Lege Ferenda	145

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

RESUMEN

Cuando a una persona se le acusa de un delito muy grave, sin duda que uno de los mecanismos para garantizar la presunción de inocencia, es el ejercicio del derecho de defensa ejercicio que abarca precisamente el acceso a la justicia de parte de todos los procesados.

Sin embargo, para garantizar el derecho a la defensa de parte de los procesados, se debe contar con un abogado defensor, que en el caso de materia penal, siempre termina siendo un servicio económicamente costoso si es que recurrimos a un letrado particular.

Frente a esto, el Estado ha previsto el servicio gratuito de la Defensa Pública para las personas que tienen menos recursos económicos, que para el caso de la justicia penal son siempre la mayoría.

Pero, debemos entonces preguntarnos si es que es suficiente la asignación de un abogado defensor, o es que se requiere que la defensa pública sea eficaz?.

Sobre estos aspectos versa el presente trabajo, el mismo que lleva por título El fundamento del derecho a la defensa como garantía del debido proceso y el ejercicio eficaz de la defensa pública penal

Luego de acopiado el material teórico, se pudo establecer la naturaleza constitucional del servicio de la defensa pública, para luego describir propiamente su naturaleza como servicio prestado por el Estado. Diseñada la estrategia de investigación, sobre el trabajo realizado con sentencias en las que participaron los defensores públicos se procedió a verificar la actuación de los mismos dentro de un proceso penal. Sobre dicho análisis teórico, práctico y de propuesta, versa el presente trabajo.

ABSTRACT

When a person is accused of a very serious crime, undoubtedly one of the mechanisms to guarantee the presumption of innocence, is the exercise of the right of defense exercise that covers precisely the access to justice on the part of all the defendants.

However, to guarantee the defendants' right to defense, a defense lawyer must be available, which in the case of criminal matters, always ends up being an economically expensive service if we turn to a private lawyer.

Against this, the State has provided the free service of the Public Defender for people who have less economic resources, which for the case of criminal justice are always the majority.

But, we must then ask ourselves if it is enough to assign a defense lawyer, or is it necessary that the public defense be effective?

On these aspects is the present work, the same one that is entitled The foundation of the right to defense as a guarantee of due process and the effective exercise of public criminal defense

After collecting the theoretical material, it was possible to establish the constitutional nature of the public defense service, to then properly describe its nature as a service provided by the State. Once the investigation strategy was designed, the work carried out with sentences in which the public defenders participated was carried out to verify the performance of the same within a criminal process. On this theoretical, practical and proposal analysis, deals with the present work.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993 recluta entre sus principios el de garantizar el debido proceso, lo que importa un compromiso del Poder Jurisdiccional y la del Estado Peruano en general de atender el acceso a la justicia de todos los ciudadanos de este país.

Una de las garantías que forman el debido proceso es el de tener acceso a recibir el asesoramiento debido de un profesional de derecho, un abogado defensor. Pero, esto supone que el procesado haga un desembolso económico llevado por el afán de tener una buena defensa, cuando es el caso de contratar a un abogado particular.

Sabemos que en esta parte del mundo, los procesados en su gran mayoría son personas de escasos recursos económicos, razón por la que se ven limitados a contratar un abogado de prestigio, pero sobre todo costear las labores de investigación que siempre caracterizan una defensa asumida por un estudio prestigioso.

Sin embargo, una defensa exitosa con todos los pormenores que supone la labor de investigación, es una defensa costosa, por lo que la mayoría de procesados debe recurrir a otro tipo de asesoramientos jurídicos que de alguna manera vaya acorde con sus posibilidades económicas, supeditando sus pretensiones procesales a las circunstancias que le presentan.

Sin embargo, muchos de los casos derivados para asesoramiento por falta de recursos, son asumidos por la defensa pública, y es el momento en el que el defensor público al patrocinar un caso cumple con la función de proveer asistencia al procesado a fin de tener una buena performance en nombre de su asesorado.

En este camino, queda claro que el defensor público representa también el acceso a la justicia que pueda tener alguna persona necesitada, incluso

cometiendo un delito grave como poder el de violación de la libertad sexual. Sin embargo, dentro de un proceso en el que valora también la eficacia de la labor, sin los medios suficientes y mínimos, no se augura una defensa sólida sino aquella que se oriente a culminar el caso a como dé lugar.

Entonces, el ejercicio de una defensa pública al servicio del procesado indigente, ha de sustentarse también en la necesidad de proporcionar los medios adecuados que permitan que el defensor público posea además de los conocimientos, la logística que le permita hacer el mejor de los trabajos como abogados, y desarrollar la función de servicio al que se encuentra también obligado.

Por esta razón nos decidimos desarrollar el presente trabajo, buscando alcanzar las metas de investigación trazada, pero sobre a partir del mismo desarrollar los contenidos que se relacionan directamente con el trabajo que en mi condición de defensor público debo cumplir todos los días. Permítanme insistir por una parte que debido a la poca información que hemos encontrado sobre temas del trabajo realizado, lo cierto es que las informaciones que se registran en la web, han ayudado para dar forma teórica a esta investigación.

Se ha organizado el presente trabajo en capítulos y aspectos, conforme lo presentamos a continuación

En el primer capítulo nos referimos a los aspectos metodológicos como son la realidad problemática, el problema, la justificación e importancia, la propuesta de objetivos, la formulación de la hipótesis y la fijación de las variables, para luego exponer los aspectos relacionados con las técnicas de investigación utilizadas.

En el segundo capítulo se ha desarrollado el marco teórico referido a la doctrina existente sobre el acceso a la justicia, las formas y sistemas de la misma, la jurisprudencia en la que suelen presentar la misma, nos referimos también a los sistemas de defensa pública, se rescata el acceso de justicia en algunos países de Hispanoamérica, para luego informar sobre la manera cómo

debería ser una defensa con todas las garantías de ley y un excelente servicio de parte del Estado.

En el capítulo tercero, se analizan sentencias penales condenatorias y a las que se le ha aplicado el cotejo preparado para el caso, precisando que se analizaron hasta cuarenta resoluciones judiciales en las que se estudió con prontitud la forma cómo se defiende desde la perspectiva de la Defensa Pública en esta parte del país. Se realiza también la contrastación de la hipótesis, para luego proceder a presentar el modelo teórico, la base constitucional, las bases penales y luego proceder a esbozar la propuesta de lege ferenda correspondiente.

Ponemos a consideración de los Señores Miembros del Jurado el presente trabajo en espera que de su evaluación pueda alcanzar la meta que me he propuesto: obtener el Grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política.

EL AUTOR

CAPITULO I

ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. Surgimiento del problema.

Mi primera vocación fue siempre la de ser abogado, y dentro de ello el ejercicio del derecho penal pues me sentí llamado por la serie de películas que vi desde antes de la universidad y en las que observé como se iban desarrollando los casos penales y cómo la justicia se iba abriendo paso y se imponía a verdad con el veredicto del jurado.

Sin embargo, ya en el ejercicio propio de la profesión nos fuimos dando cuenta que las mejores defensa no son propiamente las penales, que muchas veces es el fiscal quien con todos los elementos posibles a su favor defiende una tesis que al final consigue probar ante el Ministerio Público, y en la mayoría de casos por una virtud ajena: la falta de oposición probatoria por parte del abogado que ejerce el derecho de contradicción a favor del procesado.

Y esto que puede ser muy fácil de establecer, lleva consigo el análisis de muchos elementos que van desde los legales hasta el ejercicio propio de conocimientos relacionados con la criminalística y que resultan fundamentales para encontrar esa verdad que sólo las partes conocen y que en la mayoría de casos se solucionan a partir de los hechos observables que representa siempre el resultado o desarrollo del delito.

En síntesis, esto originó entonces que se mirara de manera frontal a la defensa pública que es líneas generales quienes asumen la primera defensa en las diligencias preliminares, y quienes terminan siempre llevando los casos de la gente que menos recursos tiene, y que carece de sustento económico para desarrollar con éxito un tesis de investigación que exprese más adelante una teoría del caso que conlleve a una defensa exitosa desde todo ámbito del ejercicio profesional, para satisfacción precisamente del defendido.

1.2. El Problema.

Es por estas razones que se entendió que en la defensa pública se podía desarrollar defensas exitosas que más que logros personales contribuyeran de sobre manera a la administración de justicia penal, y que el derecho se impusiera por sobre todo. Sin embargo, ya en la realidad, la defensa pública ha retomado poco a poco el inicial prestigio con el que apareció ante la comunidad nacional, sin embargo aún pervive la inicial desconfianza con la que la población la identifica, de tal forma que se entiende que no sólo basta con tener un abogado al lado del procesado penal, sino que junto a dicho letrado se le dote de los instrumentos necesarios para poder desarrollar mejor su trabajo y poder contribuir de manera eficaz con el esclarecimiento de la verdad.

No está demás precisar que en la desconfianza que siente la población al sistema de defensa pública penal, no es gratuita, pero considero que tampoco puede imputársele al trabajo de los propios defensores. Siempre se ha pensado que el defensor público busca acabar su caso con el menor esfuerzo, y con la rapidez equivalente al momento en el que lo asumió. Con esto se cree que las defensas que se realizan son superficiales, que se espera con muchas ansias que quien asuma la defensa sea un abogado particular, entre otros aspectos. Sin embargo, es preciso señalar que no siempre el trabajo del abogado de la defensa pública es acompañado de los mejores instrumentos y las mejores herramientas que permitan establecer que en efecto estamos frente a las garantías elementales para formar y demostrar una teoría del caso. Al carecer entonces de los instrumentos básicos, que debiera proveer el Estado y que sí lo hace con el Ministerio Público, la lógica consecuencia es que sea dicho órgano extra poder quien termine demostrando su tesis de trabajo, por ello es que nos proponemos hacer el presente estudio: animados porque es nuestro trabajo, pero fundamentalmente porque la defensa pública como servicio social que presta el Estado debe ser también una defensa de calidad, en la que la ciudadanía

crea, pero que sobre todo sea un medio de aporte realmente importante para la administración de justicia.

Por estas razones queremos investigar acerca de la naturaleza del derecho a la defensa pública que tienen los ciudadanos, las razones por las que el Estado debe afianzar una defensa técnica acorde con las exigencias de un delito, y para ello queremos aludir también a la forma como se desarrollan la defensa pública desde la perspectiva del trabajo que se realiza precisamente en este Distrito Judicial de Lambayeque.

1.2.1. Formulación del problema.

Por ello el problema en el presente caso queda determinado de la siguiente forma:

¿De qué manera los fundamentos del derecho a la defensa como garantía del debido proceso resultan ser considerados en el ejercicio eficaz de la defensa pública penal, a partir de casos que asumen los defensores públicos en los años 2015-2016?

1.2.2. Justificación.

La puesta en vigencia del nuevo procesal penal de 2004 supuso la adopción de nuevos comportamientos para los agentes del proceso, y esto supuso preparación para el desempeño de las nuevas funciones, pues no se trataba tan sólo de capacitación, de la adopción de nuevas conductas en el proceso penal, sino también de ingresar al nuevo proceso con un conjunto de herramientas que a las partes les permitiera realizar y facilitar la investigación, desarrollar mejor y con eficacia sus estrategias de defensa, por lo que es conveniente ya que entrados los años se empiecen a hacer evaluaciones que cotejen la doctrina y la declaración de principios con el desarrollo en la práctica

de cómo se ha dispuesto el ejercicio de la defensa técnica pública penal, más aún si la misma se orienta al servicio de las personas que precisamente no tienen recursos económicos, es decir, los ciudadanos más pobres.

Resulta importante el presente estudio pues se pretende describir la manera cómo se ejecuta la defensa penal pública, pues es una garantía del debido proceso que consagra el artículo 139, 3, de la Constitución Política del Perú. No sólo porque es una obligación del Estado desarrollar y atender la ejecución que aparece descrito en la Carta Magna, sino porque la defensoría pública es uno de los protagonistas del nuevo proceso penal y consideramos que merece el mismo tratamiento que las demás partes procesales.

1.2.3. Objetivos.

1.2.3.1. Objetivo General.

Determinar si los fundamentos del derecho a la defensa como garantía del debido proceso resultan reflejar el ejercicio eficaz de la defensa pública penal, a partir de casos que asumen los defensores públicos en los años 2015-2016.

1.2.3.2. Objetivos Específicos.

- Establecer los fundamentos del derecho constitucional a la defensa
- Precisar de qué manera la defensa penal pública debe garantizar el ejercicio de la defensa técnica
- Identificar cómo se organiza el ejercicio de la Defensa Penal Pública confiada al Ministerio de Justicia del Perú.
- Analizar casos a partir de las actuaciones de los defensores públicos penales en casos comprendidos en los años 2015 y 2016.

1.3. Aspectos metodológicos.

1.3.1. Formulación de hipótesis.

Esta investigación cuenta con la siguiente hipótesis positiva

Si se consideran fundamentos del derecho a la defensa como garantía del debido proceso entonces es probable que se realice el ejercicio eficaz de la defensa pública penal, a partir de casos que asumen los defensores públicos en los años 2015-2016.

1.3.2. Variables e Indicadores.

VARIABLES	INDICADORES	SUB INDICADORES	ÍNDICES	TÉCNICAS
<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>Derecho a la defensa como garantía del debido proceso</p>	<p>Elección de defensor</p> <p>Defensa particular</p> <p>Defensa pública</p>	<p>Defensa positiva</p> <p>Defensa negativa</p> <p>Defensa mixta</p>	<p>Esboza teoría-no lo hace</p> <p>Correcto-incorreto</p> <p>Oportuno-inoportuno</p>	<p>Análisis de datos</p> <p>Fichaje</p>
<p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <p>El ejercicio eficaz de la defensa penal pública</p>	<p>Elección de defensor</p> <p>Defensa pública</p> <p>Defensa particular</p>	<p>Aporte de actos de investigación</p> <p>Participación en la audiencia intermedia</p> <p>Participación en el juicio oral</p>	<p>Presenta</p> <p>No presenta</p>	<p>Análisis de datos</p> <p>Fichaje</p>

1.4. Marco Metodológico.

1.4.1. Tipo de Investigación.

Dado que la investigación abordará una problemática puntual (los fundamentos del ejercicio del derecho a la defensa técnica penal), respecto de lo cual si bien existe abundante literatura, sin embargo muy poco se ha escrito e investigado acerca del derecho a la defensa técnica pública penal y a los resultados que se obtiene en el patrocinio de los procesados, razones por las que el tipo de investigación a realizar será de **Tipo Descriptivo - Explicativo**.

Ahora bien, como quiera que se eligió analizar la problemática particular de los casos que se presentan en el ámbito de la defensa pública de Chiclayo, consideramos que hay material fáctico suficiente para abordar este tema, más aún si tenemos expedientes penales relacionados con hechos ilícitos cometidos entre el período elegido del 2015 al 2016.

1.4.2. Diseño de contrastación de la hipótesis.

Se considera el diseño descriptivo o de una sola casilla

$$M= O$$

Donde,

M: es el conjunto de información que se recogerán de la doctrina, jurisprudencia nacional e internacional

O: es la Ficha de análisis que se aplicará para recoger la información.

1.4.3. Población y muestra

TABLA N° 01: MUESTRA A LA QUE SE VA APLICAR LA FICHA DE ANÁLISIS DE DOCUMENTOS

Aspectos		
Procesos	Frecuencia	Porcentaje
2015	20	50
2016	20	50
Total	40	100

Fuente: Corte Superior de Justicia de Lambayeque años 2015 y 2016.

Fuente: De investigación.

Se trabajará en procesos judiciales en los que se ha dictado Sentencias judiciales durante los años 2015 y 2016 en los que hayan participado Defensores Públicos Penales de la sede de Chiclayo ejerciendo defensa pública.

Asimismo, se entrevistó a seis defensores públicos de este Distrito Judicial de Lambayeque, los mismos que fueron seleccionados empleando la técnica del azar simple.

1.4.4. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

- LOS MATERIALES son de carácter bibliográfico y corresponden a autores nacionales como extranjeros.
- LAS FUENTES consultadas pertenecen a la especialidad que corresponde el tema materia de investigación.
- LA TECNICA a emplear es la dogmática jurídica.

- En lo que respecta a la RECOLECCION DE INFORMACION DE COMPILACION DE DATOS será necesario el empleo de fuentes de información tales como la observación de la problemática generada en torno a la tutela de los diversos bienes que son protegidos por el derecho penal especial.

1.4.5. Métodos y procedimientos para recolección de datos.

a) Método de Análisis.

El presente método fue empleado por cuanto se ha iniciado el trabajo por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad., habiéndose establecido una relación de causa efecto entre los elementos que componen el objeto materia de investigación.

b) Método Explicativo.

Explicar las consecuencias que podrían darse con respecto a los bienes jurídicos protegidos.

CAPÍTULO

II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de estudio.

Trabajos sobre la defensa pública específicamente no existen, pero sí hay abundantes trabajos sobre el derecho a la defensa, por ejemplo:

GALEANO MENDOZA, Esmilce Cristina, en su trabajo “La defensa en el proceso penal, afirma:

Si bien se ha visto que la legislación nacional establece explícitamente sobre la defensa en el proceso penal, reconociendo para el efecto dos tipos de defensa dentro de las cuales se encuentra la defensa material y la defensa técnica.

La importancia de la observancia del derecho a la defensa es un derecho fundamental conferido al sujeto procesado, por medio del cual se le da mecanismos de defensa eficaces para la producción sus pretensiones y la desestimación de la contraria. El derecho a la defensa tal como se ha dicho es un derecho inviolable e irrenunciable, por lo que, cuando el procesado no nombra a un defensor de su confianza el Estado le nombrará a uno, puesto que el Sistema nacional actual es un sistema garantista que confiere al acusado esta garantía del debido proceso.

El alcance de la defensa, incumbe a la asistencia técnica y representación por parte del mismo para con el procesado, en aquellos casos en los que sea necesario el conocimiento jurídico. Puesto que como se ha dicho el procesado puede defenderse por sí solo, o lo que se denomina en el ámbito jurídico como defensa material dado que es realizado en forma personal y oral por el propio procesado en los momentos en los que considere conveniente o cuando se encuentre establecida en la ley, pudiendo igual hacer uso de su derecho al silencio.

En lo que respecta a la defensa técnica, esta comprende a aquel profesional abogado que tiene conocimientos jurídicos e idoneidad para representar a un sujeto sometido a un proceso. La defensa técnica presenta

dos variedades, la que corresponde a la ejecutada por un defensor particular o un defensor público.

Es así que, debe de ser comprendido por un defensor particular aquel que ha sido designado por el propio procesado o cualquier otra persona con la finalidad de que lo asista técnicamente y que lo represente en el proceso. Es necesario para el efecto que el mismo este matriculado como abogado y que haya sido expedido ante la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, el defensor público es un representante del Ministerio de la Defensa Pública, que presta su asistencia en forma gratuita, mayormente es nombrado de oficio o por un órgano jurisdiccional. No es preciso que el defensor público cuente con matrícula acreditante, esto teniendo en cuenta la función pública que el mismo desempeña.

Se ha realizado también un comparación sobre la defensa en el proceso en cinco legislaciones comparadas, las cuales fueron: Bolivia, Argentina, Colombia, España y Perú. De estas investigaciones concluye que estas guardan similitud con lo establecido en la legislación peruana. Dado que reconocen al derecho a la defensa como un derecho fundamental para el proceso que es inviolable e irrenunciable.

Así también reconoce a los dos tipos de defensa: la defensa material y la defensa técnica. Como también la asistencia de un defensor en forma gratuita¹

Asimismo, consideramos también el trabajo del profesor Segundo Conversión Núñez Rodríguez, titulado “Vulneración del derecho de defensa del imputado en el Nuevo Código Procesal Penal”, arriba a las siguientes conclusiones:

La decisión jurisdiccional reveló, finalmente, la enorme injusticia de un procedimiento de segunda instancia que, por su rigidez, no permitió que el imputado (**respecto de quien se debatía la conveniencia de que permanezca en libertad**) contara con Defensa

¹<http://www.monografias.com/trabajos103/defensa-proceso-penal/defensa-proceso-penal2.shtml#conclusioa#ixzz4mxjJX2Xs>

Técnica, aunque sea ésta oficiosa, lo cual, insistimos, ha vulnerado, en un caso específico, un derecho constitucional elevado a la categoría de garantía (**Derecho de Defensa**) y como corolario de ello un derecho fundamental (**la libertad ambulatoria**).

La audiencia de apelación se ha desarrollado transgrediendo los principios y garantías procesales que se encuentran inmersas en el impulso de un Proceso Penal Contradictorio, Adversarial y Garantista, más aun si se ha vulnerado principios elementales como la imparcialidad, contradicción, etc.

Lo cual evidencia que las practicas inquisitoriales, no han sido abandonadas completamente. Durante el trámite de todo el proceso debe procurarse no afectar y/o proteger los derechos fundamentales del imputado, y con mucha mayor razón, cuando se trate de delimitar el derecho a la libertad.

La rigidez que mencionada en el artículo 420°.5 del Código Procesal Penal, debe flexibilizarse y contener excepciones, tratándose de situaciones en que una de las partes - el imputado - no concurra a la audiencia debido a causas justificadas, de tal forma que no se le prive del derecho a la defensa técnica o al menos oficiosa.

En todo acto de audiencia se debe promover el debate contradictorio entre las partes, permitiendo a cada una de ellas poder alegar y cuestionar las acusaciones de la contraparte. En tal sentido, cuando se trate asuntos de suma importancia (caso en que la fiscalía apela un auto que declara fundado la solicitud de Cese de Prisión Preventiva formulada por el imputado), máxime si el recurrente - EN SEGUNGA INSTANCIA - tratare de revertir un auto favorable al imputado, y que ello signifique - de declararse fundado - limitar la libertad del procesado².

² <http://www.monografias.com/trabajos88/vulneracion-derecho-defensa-imputado/vulneracion-derecho-defensa-imputado.shtml#propuestaa#ixzz4mxluYrbH>

Por otra parte, el profesor Manuel Oropeza Olivo, en su trabajo Revista Jurisprudencial sobre el Derecho a la Defensa, concluye que:

Tal como se ha sostenido en las líneas precedentes, el Derecho a la Defensa es un derecho complejo, que se compone, a su vez, de otros derechos correlativos y complementarios, reconocidos y consagrados en el ordenamiento positivo venezolano, como el artículo 49 constitucional (CRBV). La enunciación de los mismos, es tanto positiva, como negativa (derecho a; prohibición de). Entre éstos, se enuncian en tal dispositivo el Derecho a Asistencia Jurídica; Derecho a ser Oído; Derecho a ser Juzgado por sus Jueces Naturales, y la Prohibición de Declarar contra sí mismo, etc. Adicionalmente, se sostiene que el Derecho a la Defensa es un derecho de ejercicio procesal, en la medida en que es mediante el proceso y sus medios recursivos que el imputado, como parte, lo ejerce. Coherente con esta apreciación, se afirma que el mencionado derecho, se activa a partir de un ataque a la esfera subjetiva de derechos de una persona no obstante la legitimidad o no de la ofensiva. Por tanto, si como lo plantea Pérez Sarmiento (2004), la defensa es una manifestación del instinto de conservación; el mismo puede considerarse, en tanto, un derecho natural humano (Artículo 8º, Declaración Universal de los Derechos Humanos). Así las cosas, se comprende su transversalidad en todo el proceso, y constituye la máxima expresión del Debido Proceso, como tejido de garantías sustantivas y adjetivas para el justiciable. De su complejidad, a su vez, es indicador la diversidad de modalidades de ejercicio que contempla el ordenamiento y recoge la doctrina. Por tanto, se considera que el Derecho a la Defensa trasciende las condiciones de oportunidad; tiempo; modo y lugar; en tanto aporta contenido universal a las instituciones adjetivas de cada ordenamiento jurídico. En suma, un derecho natural y humano, de corte procesal – continente – que transmite contenido³.

³ <http://www.monografias.com/trabajos93/revision-jurisprudencial-derecho-defensa/revision-jurisprudencial-derecho-defensa2.shtml#conclusioa#ixzz4mxn7fr3R>

2.2. Los derechos fundamentales.

La Constitución Política del Perú de 1993 en su primer artículo deja claro que tanto la persona humana como su dignidad, son capitales para la sociedad y el Estado, llegando a calificarse como su fin supremo. Incluso, en su artículo 3, se habilita para fundamentar un sistema de *numerus apertus* de derechos fundamentales.

La imposición de una pena privativa de libertad o el estar incurso en un proceso penal, no excluye del disfrute de los derechos fundamentales, no obstante la limitación de los mismos, que de forma transitoria puede suponer la aplicación de medidas cautelares, la imposición de una pena y la aplicación de la ley penal.

En concreto el Reglamento del Código de Ejecución Penal de Perú, en las Disposiciones Generales, establece que la ejecución de la pena, se cumple respetando los derechos fundamentales de la persona, los cuales se encuentran en la Constitución. Podemos afirmar que siempre que se vulnera un derecho fundamental se viola la dignidad humana, especialmente en aplicación del Derecho de Ejecución Penal y el Derecho Penal. Es claro, que en un establecimiento penitenciario se ha de mantener la seguridad, la disciplina y la normal convivencia, tanto con el personal al servicio de la administración penitenciaria, los propios privados de libertad y con cualquier otra persona que se pudiera encontrar en el establecimiento penitenciario, debiendo garantizar a los sentenciados, condiciones que respeten no solamente sus derechos fundamentales, sino también la dignidad humana. Partiendo que la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la persona, son el fundamento de la paz social y que es deber de los poderes públicos eliminar los obstáculos que limiten o impidan el ejercicio efectivo de la libertad del individuo y de los grupos en que se integren, tales como las personas internadas en Establecimientos Penitenciarios⁴.

⁴ MINJUS, Protocolo de la defensa pública relativa al acceso de la justicia de jóvenes y mujeres extranjeras privados de la libertad. Colección documento de política nº 13, área: justicia, Lima – Madrid, 2014, p.p. 15

En concreto, en el artículo 2 de la Constitución, lugar donde se refieren los derechos fundamentales, destacan por ser especialmente aplicables a la privación de libertad derechos tales como:

- La vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.
- Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.
- La igualdad ante la ley.
- La libertad, de forma individual o colectiva, de conciencia, religión o ideológica.
- Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.
- A solicitar información y a recibirla de cualquier entidad pública.
- El derecho de petición.
- La protección de datos.
- Al honor y a la intimidad personal y familiar, así como al derecho de rectificación.
- La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto.
- El acceso a la cultura.
- Al secreto de las comunicaciones, a la reunión pacífica y sin armas, así como a asociarse y a constituir fundaciones, con las limitaciones propias de la privación de libertad.
- A contratar lícitamente.
- Derecho al trabajo en la forma legalmente prevista por la legislación común y la penitenciaria.
- A la propiedad privada y a la herencia.
- A la participación política, social y cultural siempre que no estuvieran privados de este derecho por la ley penal y la sentencia condenatoria.

- A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de esta. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República, salvo resolución judicial.
- A la seguridad personal. Por ello, a nadie se le puede obligar a hacer lo que la ley no prescribe, ni limitar o impedir lo que la ley no prohíbe. No se permite la restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley.
- Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
- Se proscribe del ordenamiento peruano la prisión por deudas.
- Se garantiza el principio de presunción de inocencia.
- No se podrá detener sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. En el plazo máximo de veinticuatro horas, o en el término de la distancia, el detenido deberá ser puesto a disposición judicial, salvo caso de terrorismo, espionaje o tráfico ilícito de drogas.
- La incomunicación del detenido únicamente se podrá aplicar en el caso de que sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos y en la forma que se disponga por norma con rango de ley.
- Se garantiza el principio de legalidad penal ya que nadie podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible. Tampoco se le podrá condena con pena no prevista en la ley.

2.3. El derecho procesal penal.

En esto tomamos a pie juntillas lo que para el profesor Zaffaroni⁵ ha señalado que el proceso penal es el camino que siguen las agencias jurídicas para responder a la demanda de habilitación de poder punitivo sobre una persona previamente seleccionada por las agencias policiales o ejecutivas.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública –estado de derecho, Defensa Pública, Revista Latinoamericana de política criminal, Buenos Aires –Argentina, Setiembre de 2002, p.p. 17 s.s.

Su estructura es un indicador político del respectivo Estado tanto a) en cuanto a la extensión del poder punitivo que abarca, como b) en cuanto a sus características acusatorias.

a) El Estado de derecho histórico (real) nunca es ideal, porque no lo hay (ni hubo) en que toda la población hubiese estado sometida a la ley en el plano de igualdad, dado que quien ejerce el poder siempre trata de sustraerse a la ley (manipularla para dominar). Cuando nadie lo contiene, el resto de la población queda sometida a su voluntad arbitraria y, por ende, nos hallamos ante un estado de policía; cuando alguien lo contiene y acota al estado de policía que queda encapsulado en su interior, y que siempre seguirá ejerciendo sus pulsiones para imponer la voluntad del poderoso.

El estado real de derecho se acerca más al modelo ideal de igual sometimiento a la ley de todos sus habitantes, cuanto menos poder punitivo ejercen sus agencias ejecutivas al margen del proceso establecido para sus agencias judiciales (es decir, cuantas menos penas impone el poder ejecutivo y sus agencias). En el estado de derecho ideal, el poder punitivo sólo se podría ejercer después de un proceso penal; en los estados de derecho reales, siempre en alguna medida, el estado poder punitivo al margen de las agencias judiciales, con múltiples pretextos y disfraces; en los estados de policía, el poder punitivo se ejerce directamente conforme a la voluntad del que manda.

En síntesis: no hay país donde no se afecten derechos de los habitantes, en función de coacciones estatales (o garantizados estatalmente) que no encuadran en los modelos de coacción reparadora o restitutiva, y que, sin embargo, se ejerza al margen del proceso penal y sin sus garantías. Cuando más extendido se halle este fenómeno, más elementos de estado de policía contendrá el estado de derecho históricamente dado. Por ende, el primer indicador político que ofrece el proceso penal es respecto de su propio objeto: cuanto menos poder punitivo se hallé sustraído a él, mejor será el estado de derecho, o sea, más alejado estará del estado de policía (lo acotará mejor).

b) En segundo lugar, el proceso penal es un indicador político en razón de su estructura. Por regla general, el estado de policía se acerca al modelo inquisitorio y el estado de derecho al acusatorio. El estado de policía no se conforma con sustraer poder punitivo a las garantías del proceso penal, sino que incluso acaba con éstas mediante una estructura procesal inquisitoria. Normalmente también la disfrazo llamándola mixta, como si el inquisitorio pudiera mezclarse con el acusatorio, es decir, como si el estado de derecho fuese una exageración y, por ende, el justo medio estuviese en su combinación con el estado de policía (equivaldría a algo así como: sometidos por igual a la ley en la medida en que el que manda lo permita).

Afirmar que el proceso penal acusatorio se caracteriza por la neta separación de las funciones de juzgador, el acusador y el defensor y que, por ende no puede haber acusatorio sin defensa, es una verdad de Perogrullo. No obstante, es bueno reiterarla, ante las frecuentes reintroducciones de elementos inquisitorios premodernos como novedades posmodernas en la lucha contra reales o supuestos males cósmicos del mundo contemporáneo (es decir, emergencias penales). Por ello, formalmente, todos los sistemas procesales prevén la existencia del defensor y también se ocupan de proveer una defensa a quien no puede pagarla. También es sabido que la selectividad que caracteriza el reparto del poder punitivo en todo el mundo hace que la mayoría de los procesados se hallen en esa situación, con una tendencia franca a incrementar su número absoluto y relativo, en razón de la polarización de riqueza que provoca el acelerado naufragio de las clases medias urbanas.

Muchas razones históricas hacen que las disposiciones legales sean el medio menos adecuado para investigar la realidad en América Latina. Desde el colonialismo y la racionalización de las encomiendas (encargo a buen cristiano para que adoctrine a los indios en la fe) hasta las repúblicas oligárquicas del neocolonialismo (Constituciones liberales en realidades feudales), el deber ser y el ser, a lo largo de nuestra historia, casi nunca llegaron a consumir su proclamado matrimonio, la mayor parte de las veces por absoluta impotencia del primero. Nada muy diferente suele suceder con el derecho de defensa, garantizado a los menos poderosos mediante las defensas públicas.

Sólo puede considerarse satisfecha la exigencia de una defensa real, cuando los que tienen acceso a la defensa privada gozan de una defensa pública de igual calidad. Esto sería la satisfacción real del derecho de defensa de los desapoderados y excluidos. En la práctica se la viola en diferente medida, es decir, desde el establecimiento de un funcionario al que se recarga de tareas de modo que su cumplimiento sea directamente imposible, y que se resigna a convertirse en un buzón de notificaciones que cumplimenta una formalidad, hasta servicios más o menos discretos, pero que no alcanzan el nivel de dedicación de las defensas de confianza. Del grado de respeto o violación al derecho de defensa de los desapoderados, dependerá la efectividad o mera formalidad del principio acusatorio.

2.4. Apuntes sobre la Defensa Pública en el Perú.

Nada mejor que analizar lo que debemos entender por defensoría pública a partir de que el propio Ministerio de Justicia realiza:

El derecho a la Defensa Pública es un derecho humano fundamental, reconocido en el Artículo 139º, numeral 16, de la Constitución Política del Perú, que funciona como garantía básica del Acceso Efectivo a la Justicia de todas las personas, en particular las de mayor vulnerabilidad, sin discriminación alguna, para el pleno goce de los derechos humanos, y de los servicios del sistema judicial. Como todo derecho fundamental, la Defensa Pública, tiene fundamento en la intrínseca dignidad de toda persona humana, cuyo respeto es, de acuerdo a nuestra Constitución, el fin supremo de la sociedad y el Estado.

El servicio de Defensa Pública es brindado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), a través de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia (DGDPAJ), a las personas que no cuenten con recursos económicos y en los demás casos en que la ley expresamente así lo establezca. Este servicio integral brinda Asistencia Legal Gratuita, en materia penal, de familia, civil y laboral, y defiende a

personas que han sido víctimas de la vulneración de sus derechos en cualquiera de sus formas.

La institución de la Defensa Pública Peruana, aspira a ser reconocida por todas las personas como un organismo rector del Servicio de Asistencia Legal Gratuita, prestado a nivel nacional, de manera oportuna y permanente, con calidad y efectividad, y orientada a la inclusión social y a la protección de los Derechos Humanos⁶.

2.5. El derecho a un defensor de confianza.

2.5.1. Como derecho humano fundamental.

El poder sancionador del Estado constituye la amenaza concreta de aplicación de una pena de encierro y de sufrir los demás costos personales que apareja el sólo hecho de verse sometido a un proceso penal. La historia de la persecución penal ha sido prodiga en arbitrariedades e injusticias y por tal razón se fue consolidando el lugar del derecho a defenderse ante toda imputación de un delito como uno de los derechos fundamentales en defensa de la libertad de todos los ciudadanos. La larga lucha por la consolidación de este derecho se materializa hoy en las formulas normativas que los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones Políticas de todos los países de la región adoptan sin excepción. Ya no quedan dudas de que la posibilidad real de defenderse de la persecución penal constituye una garantía inherente al Estado de Derecho⁷.

. El artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CIADH) establece los principios de inocencia, igualdad ante la ley, y varias garantías mínimas de carácter procesal que deben ser observadas para el juzgamiento. El derecho a defensa tiene consagración en varias expresiones de dicha disposición, siendo la letra d) la que consagra tanto el derecho a defenderse personalmente, como la garantía que se denomina intangibilidad de la defensa, y el derecho general a ser asistido por un defensor de la propia

⁶ <https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/interna.php?comando=1031>

⁷ CENTRO DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS – CEJA, Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe, 2005, <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/noviembre/24/manual-defensoria.pdf>

elección del imputado, lo que comúnmente se denomina defensor de confianza. Por otra parte, el Pacto de Derechos Civiles (PIDCP), en su Art. 14 letra d), establece que la persona tiene derecho a hallarse presente en el proceso, defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su confianza, a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo. En este punto el Pacto tiene un innegable matiz respecto de la Convención Americana, que no sujeta al interés de la justicia el nombramiento de un defensor de oficio, siendo más generosa en el reconocimiento de este derecho. En efecto, la letra e) regula el derecho a tener un abogado de oficio, en los siguientes términos: “al imputado compete el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por si mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido en la ley”.

Vemos pues, que el derecho a defenderse es un complejo que integra una serie de garantías tales como la presunción de inocencia; la igualdad procesal; el derecho a un tribunal imparcial, preconstituido e independiente; el derecho a ser juzgado en plazo razonable; el derecho a guardar silencio; el derecho a ser oído y el derecho a presentar pruebas y otras que, en conjunto, conocemos como el derecho a un juicio justo. Pero la defensa, no sólo comprende o integra esas garantías sino que además permite volverlas operativas mediante su ejercicio efectivo o el reclamo oportuno ante su incumplimiento. Es claro que el derecho de defensa implica reconocer el derecho a intervenir ante los órganos jurisdiccionales, las fiscalías, las policías o cualquier otro órgano de persecución penal, para formular los planeamientos, alegaciones y producir o contradecir la prueba producida en el proceso, con el objetivo final de resguardar los intereses del imputado. Así se tiene en cuenta el doble carácter de derecho del imputado, al tiempo que de límite a la actuación del Estado ya que toda aplicación de una pena que no haya sido precedida de un juicio justo carece de legitimidad. De este modo, la defensa constituye no sólo una garantía constitucional sino también una condición de legitimidad y validez de los procesos penales en todas sus etapas. La

posibilidad de que exista una defensa real disminuye el margen de error en las intervenciones del sistema penal, otorgándole mayores posibilidades de acercarse en sus decisiones a la verdad por el litigio y la controversia de las partes, en lugar de dejar librado todo el desarrollo del proceso a la actividad unilateral del Juez investigador o, peor aún, de los acusadores, por más que ellos sean funcionarios del Ministerio Público.

En la ideología liberal de los derechos fundamentales, el derecho a defensa tiene su fundamento en el reconocimiento de la autonomía individual. Su objetivo final es que el imputado tenga la posibilidad material de incidir en el resultado del proceso. Es por ello que, dentro del derecho de defensa, encontramos expresiones que no solamente ponen un límite al poder estatal, sino que buscan dar al imputado un espacio de decisión sobre su propia suerte. Una de las garantías del derecho de defensa en que encontramos una expresión de la autonomía individual es el derecho a guardar silencio entendido como la capacidad de dominar de un modo absoluto la información que el imputado desea ingresar al juicio (señorío sobre su declaración). Es decir, el derecho de defensa es, principalmente, el derecho de defensa del imputado, es el reconocimiento de su calidad de sujeto del proceso y no de un objeto, ni siquiera un objeto de protección.

Una de las manifestaciones principales del derecho de defensa es la de poder contar con un asesor técnico. En principio un asesor legal, pero luego este derecho se ha ido ampliando hasta alcanzar a los interpretes (derecho de gran importancia en los países donde importantes sectores o la mayoría del pueblo no habla el idioma oficial) y últimamente a otros consultores técnicos (contadores, médicos forenses, peritos calígrafos, etc.) que también forman parte del equipo de defensa. De todos modos, todavía la principal manifestación del derecho a la defensa técnica es la de poder contar con un abogado defensor. Al derecho a la defensa técnica le cabe un papel básico en tanto motor de todas las restantes garantías del juicio justo. Si bien el derecho primordial es a defenderse por sí mismo, el progresivo desarrollo del derecho a lo largo de muchos siglos hace que se trate de una disciplina compleja, llena de tecnicismos y especificidades, que podrían convertir en letra muerta a las

garantías procesales, de no existir una intervención letrada capaz de hacerlas valer en beneficio de los imputados. La exigencia de que la defensa sea prestada por un letrado se relaciona con la efectividad de la misma, pues sólo podrá realizarse una defensa en igualdad de medios frente al Ministerio Público, si ésta se presta con calidad técnica, necesariamente por un especialista en el área. La presencia del letrado permite ejercer adecuadamente la defensa en el proceso, no sólo por la representación de éste en actos procesales concretos y declaraciones o alegaciones de la parte imputada, sino que también al asistir al imputado para la comprensión del proceso al cual se ve sometido y ayudarlo a definir una estrategia para afrontarlo.

No obstante la importancia capital del abogado defensor no se debe perder de vista que la defensa es un derecho del imputado y que una de las manifestaciones principales, como hemos visto, es la de poder contar con un abogado de confianza. Esta relación de confianza es central y debe ser entendida en toda su profundidad. La presencia de un “abogado defensor” no siempre ha significado la existencia de un verdadero derecho de defensa. Desde la existencia de los abogados de la Inquisición, cuyo principal cometido era facilitar la confesión del imputado, hasta los “defensores meramente formales” que lo único que hacían era legitimar los procesos sin conocer siquiera a sus defendidos, pasando por las defensas burocráticas sin mayor vocación por su trabajo, la historia nos ha mostrado innumerables ejemplos de cómo los abogados se han prestado a ser ‘auxiliares de la justicia’ antes que asesores de su defendido, de cómo han preferido asegurar la ‘marcha del proceso’ antes que la defensa técnica o como han mantenido la vieja práctica inquisitorial de empujar a sus defendidos a que confiesen ya que la verdad debía ponerse. Frente a esta experiencia histórica –que por suerte ya se viene superando con creces en muchos países, pero que todavía no se puede considerar desterrada- se debe destacar la idea de relación de confianza entre el defendido y su abogado defensor. Ella significa, en el plano objetivo, que para el defensor no existe otro interés superior que el interés concreto de su defendido y, en el plano subjetivo, que el imputado debe poder generar un relación de seguridad y respaldo suficiente por parte de su abogado, de tal

manera que pueda expresar ante él sus intereses y su versión de los hechos sin temores. Por eso el derecho a un defensor técnico debe ser entendido siempre como el derecho a un defensor de confianza.

Esta aclaración es importante, porque cuando el imputado no puede conseguir por sí mismo ese defensor, el Estado tiene el deber de procurarle uno. Ese defensor provisto por el Estado (defensor público) no debe significar una mengua al derecho de defensa (ya de por sí afectado por la imposibilidad de procurar uno por sus propios medios) y es por eso que debe reproducir una relación de confianza. Tal como veremos, un modelo de defensa pública adecuada al verdadero sentido del derecho de defensa debe procurar, en tanto le sea posible, reproducir la relación de confianza que es parte esencial del derecho de defensa

2.5.2. La defensa técnica como derecho.

La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.

Sobre su reconocimiento normativo, debemos remitirnos a la Constitución cuando reconoce en su artículo 139°, inciso 14, la existencia de:

El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).

Los instrumentos internacionales ponen énfasis en ámbitos específicos del derecho a la defensa. El artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en que se aseguren a la persona todas las garantías necesarias para su defensa. A su vez, el artículo 14°, inciso 3, acápite “d” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera pertinente requerir una defensa no sólo realizada a título personal, sino también

a través de un abogado. Por su parte, el artículo 8º, inciso 2, acápite “c” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede al inculpado el tiempo y medios convenientes para que prepare y realice su defensa.

Teniendo en cuenta tales dispositivos, conviene preguntarse cuándo se produce una violación del derecho de defensa. Ello ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho.

A colación de lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha señalado, como parte de la Sentencia N.º 237-1999, que:

(...) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (...). Por ello hemos hablado siempre de indefensión ‘material’ y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. Puestas así las cosas en su punto final, parece claro que la omisión denunciada, podría ser reprochable en el plano de la legalidad y con efectos quizá en otros ámbitos, pero está desprovista de trascendencia constitucional para considerar enervada o debilitada la efectividad de la tutela judicial.

Por ende, queda claro que también corresponde determinar si lo que están alegando los demandantes se puede considerar como una forma de vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva.

Para comprobar la vulneración de la defensa técnica, los recurrentes solicitan que este Colegiado reexamine el criterio vertido por el órgano jurisdiccional respecto al carácter de la prostitución clandestina, presumiendo que sólo así se podrá determinar que no existe violación de la vida privada si existe un ilícito de por medio.

Ante ello, este Colegiado reitera el pleno respeto de la independencia judicial al momento de resolver, de modo que únicamente determinará si los juzgadores observaron, o no, los argumentos de defensa presentados. No se pronunciará ni emitirá reflexión alguna respecto a lo que decidió la Corte Suprema en este caso, puesto que ello implicaría que resuelva como una instancia judicial ordinaria.

Cabe resaltar que según el artículo 138° de la Constitución:

“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (...)”.

Una norma de este tipo sólo puede significar respeto pleno de las resoluciones judiciales y que ningún otro órgano puede afectarlas, ni siquiera el Tribunal Constitucional, a no ser que haya vulneración de algún derecho fundamental, situación en la cual la proscripción prevista en el segundo párrafo del artículo 139°, inciso 2 de la Norma Fundamental cedería ante la posibilidad de interponer una demanda de algún proceso constitucional, según lo permite el artículo 200°.

Ahora bien, a grandes rasgos y prima facie, lo que se advierte es que en las tres sentencias emitidas en el Poder Judicial sí se observaron los argumentos de defensa pero no se creyó conveniente asumirlos como válidos para resolver el caso. En cada una de las instancias, los juzgadores establecieron que era irrelevante averiguar la existencia de prostitución ilegal, pues ello no era objeto de juzgamiento, lo que en cierta forma ha terminado confirmando que en su criterio la vida privada

de las personas no tiene relación alguna con la finalidad con la que realizan sus actos.

Pese a lo que se acaba de determinar, este Colegiado reseñará algunos parámetros constitucionales sobre los derechos que estuvieron en juego en el proceso judicial penal sometido a control constitucional, por ser ello necesario en virtud de la profilaxis interpretativa que corresponde al Tribunal Constitucional en su calidad de órgano supremo de interpretación de la Norma Fundamental (artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Ello no significa que se está volviendo a resolver sobre el caso del fondo, sino únicamente que se analizará la decisión judicial en el extremo planteado en la demanda, toda vez que sólo así se desvirtuará, o validará, la tesis esgrimida por los recurrentes, además de sentar las bases conceptuales para el estudio de derechos fundamentales poco desarrollados jurisprudencialmente.

Asimismo, se pondrá énfasis en que los jueces, como miembros partícipes del Estado, deben cumplir con las obligaciones que la propia Constitución reconoce en el artículo 44°: una de ellas referida a garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Frente a ello, al ser el órgano de control de la Constitución, según lo previsto en el artículo 201° de la propia Norma Fundamental, este Tribunal está capacitado para resguardar el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

2.5.3. El derecho a la defensa como parte del debido proceso.

El derecho a defensa es una manifestación de la garantía del debido proceso y ha sido identificado como una de las instituciones de mayor trascendencia en el Derecho Procesal moderno⁸.

⁸ CAROCCA PEREZ, ALX, La Defensa Penal Pública, Editorial Lexis Nexos. Primera Edición, Septiembre 2002; y del mismo autor "Garantías Constitucional de la Defensa Procesal", Barcelona 1998.

Por derecho de defensa, puede entenderse el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra aquél existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente. La vigencia del principio supone, como lo señala MORENO CATENA, el reconocimiento del ordenamiento jurídico a un derecho de signo contrario el derecho que tiene el imputado o procesado de hacer uso de una adecuada defensa. De tal manera que la defensa opera como un factor de legitimidad de la acusación y de la sanción penal. También confluyen en la defensa otras garantías y derechos como la audiencia del procesado, la contradicción procesal, el derecho a la asistencia técnica del abogado. El uso de medios de prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo o declararse culpable⁹.

En la actualidad se le considera un requisito de validez del proceso. Como manifestaciones concretas del derecho a defensa -cuyo titular es el imputado- se encuentran el derecho a declarar, a rendir prueba, a participar en los actos del procedimiento, y entre otros, el de contar con un defensor, es decir, “el derecho a contar con un asistente técnico que lo auxilie en su defensa”¹⁰. En este contexto el derecho a defensa técnica constituye una derivación del derecho a defensa material, justificada por la complejidad del proceso penal.

Los distintos ordenamientos jurídicos consagran este derecho. Las Constituciones lo regulan expresamente en concordancia con las normas contenidas en los Tratados y Convenios Internacionales.

La Declaración Universal de Derechos Humanos expresa, junto al derecho a la presunción de inocencia, el derecho de toda persona acusada de

⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, I.V.: El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, julio 2008. www.eumed.net/rev/cccss

¹⁰ BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad – Hoc. Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, p. 333, año 2005.

delito a un juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. En el Convenio de Roma se establece mediante un texto más concreto el derecho a defenderse así mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerar a un defensor, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio. Cuando los intereses de la justicia así lo exijan. En términos semejantes se reitera este derecho en el Pacto de Nueva York y en el Pacto de San José de Costa Rica, resaltándose la comunicación libre y privada con el defensor y la irrenunciabilidad del derecho a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado.

En la legislación peruana se recoge esta máxima cuando se establece como garantía de la Administración de Justicia, el no ser privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso. Correspondiendo al Estado proveer la defensa gratuita a las personas de escasos recursos (art. 233 inc. 9 Constitución de 1979) o cuando se prescribe el derecho del imputado a comunicarse y a ser asesorado por un defensor de su elección desde que es citado o detenido por la autoridad (art.2º inc. 20 ap. h) Constitución 1979). La Constitución de 1993 reitera lo expresado (art.139 inciso 14). Pero reafirma el derecho de toda persona a “no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso”. Estas normas se reproducen y especifican en el Código de Procedimientos Penales de 1940, referido al Ministerio de Defensa regulado en los artículos 67 a 71, modificado parcialmente por la Ley N° 24388, en cuanto a la intervención de la defensa en las diferentes etapas del procedimiento penal.

El Código Procesal Penal reconoce expresamente el derecho a la defensa como uno de sus principios fundamentales en el artículo IX del Título Preliminar “Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra, y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso, por un Abogado de oficio, desde que es citada o detenido por la autoridad.” El proceso penal garantiza el

ejercicio de los derechos que corresponden a la persona agraviada por el delito.

Los Pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el “derecho irrenunciable” del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor¹¹.

2.6. La defensa en el Nuevo Código Procesal Penal.

El nuevo Código Procesal Penal reconoce el derecho a la autodefensa en su artículo 71, cuando dice “El imputado puede hacer valer por sí mismo los derechos que la constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de la investigación hasta la culminación del proceso “. Sin embargo, no pone al alcance del imputado todos los medios suficientes para articular su autodefensa. Puede decirse que deja de un lado u olvida, este derecho, en la medida que, en cambio, pone de relieve, norma y potencia, el papel del Abogado defensor, que justamente se salvaguarda y se posibilita sin trabas, no puede. Entre los derechos que se concede al imputado en el nuevo Código Procesal Penal tenemos:

a) El derecho al conocimiento de la imputación o intimación

Es obvio que nadie puede defenderse de algo que no conoce. Tiene que ponerse en su conocimiento la imputación correctamente deducida. Es lo que se conoce técnicamente bajo el nombre de intimación. Este derecho se halla contemplado en el art. 87, inciso 1), “antes de comenzar la declaración del imputado, se le comunicará detalladamente el hecho objeto de imputación, los elementos de convicción y de pruebas existentes, y las disposiciones penales que se consideren aplicables. De igual modo se procederá cuando se trate de cargos ampliatorios o de la presencia de nuevos elementos de convicción o de prueba.

El Derecho a ser oído:

¹¹ CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “El proceso penal teoría y práctica “. 5ª edición Palestra editores, Lima 2003, p. 45.

La base esencial del derecho a defenderse reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, agregando incluso todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible, o inhibir la persecución penal¹²

b) La incoercibilidad del imputado como órgano de prueba.

También se vincula al derecho de defensa la prohibición de obligar a declarar contra si mismo. Art. 71 inciso e). “Que no se emplee en su contra medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni a ser sometido a técnicas o métodos que induzcan o alteren su libre voluntad o a sufrir una restricción no autorizada ni permitida por ley”.

c) El derecho a que se informe al imputado sobre los beneficios legales que puede obtener si coopera al pronto esclarecimiento de los hechos delictuosos. Art. 87 inciso 3), el imputado también será informado de que puede solicitar la actuación de medios de investigación o de prueba, a efectuar las aclaraciones que considere convenientes durante la diligencia, así como a dictar su declaración durante la Investigación Preparatoria.

d) El derecho a no declarar (art. 87 inciso 2), se le advertirá al imputado que tiene derecho a abstenerse de declarar y que esa decisión no podrá ser utilizada en su perjuicio. Asimismo, se le instruirá que tiene derecho a la presencia de un Abogado defensor, y que si no puede nombrarlo se le designará un defensor de oficio. Si el Abogado recién se incorpora a la diligencia, el imputado tiene derecho a consultar con él antes de iniciar la diligencia y, en su caso, a pedir la postergación de la misma.

e) Los casos de intervención del imputado son:

1. Según la última parte del inciso 3) del artículo 68, el imputado puede intervenir en todas las diligencias practicadas por la policía y tener acceso a todas las investigaciones realizadas.

2. Deducir medios de defensa.

¹² ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Estudios de Derecho Procesal Penal”. p. 299

3. Ofrecer medios probatorios de descargo.
4. Hacer uso de la palabra al final de los debates orales, para exponer lo que estime conveniente a su defensa.
5. Interponer recursos impugnatorios..

La Defensa Técnica, constituye una actividad esencial del proceso penal y admite dos modalidades: a) la defensa material que realiza el propio imputado ante el interrogatorio de la autoridad policial o judicial; y, b) la defensa técnica que está confiada a un abogado que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales. Los pactos internacionales también regulan la defensa oficial, como el “derecho irrenunciable” del imputado a ser asistido gratuitamente por un defensor proporcionado por el Estado, cuando no designare defensor.

El Abogado goza de todos los derechos que la ley le confiere para el ejercicio de sus funciones en defensa de su patrocinado. La ley reconoce expresamente su intervención desde que su defendido es citado o detenido por la policía a interrogar directamente al imputado, testigos o peritos a recurrir a un perito de parte, a participar en todas las diligencias de la investigación a aportar pruebas, presentar escritos tener acceso a los expedientes, recursos ingresar a establecimientos policiales y penales para entrevistarse con su patrocinado, en suma a expresarse con amplia libertad en el curso de la defensa, sea oralmente o por escrito siempre que no se ofenda el honor de las personas.

Es indudable que la defensa técnica es un presupuesto necesario para la correcta viabilidad del proceso. Aun cuando el imputado puede hacer uso de la autodefensa, resulta imprescindible la presencia y asistencia del abogado defensor en el curso del procedimiento.

En este sentido, es ilustrativo lo expresado por el Tribunal Constitucional de España. La asistencia de Letrado es en ocasiones un puro derecho del acusado, en otras además un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar cuando el encausado no lo hiciera mediante el

ejercicio oportuno de aquel derecho informándole de la posibilidad de ejercerlo e incluso, cuando mantuviese una actitud pasiva procediendo directamente al nombramiento de abogado.

Principales características:

La defensa técnica es la de mayor relieve en el procedimiento penal, pudiendo resumirse en las siguientes características principales:

a) El derecho a la asistencia letrada consiste en la facultad que tiene el imputado de elegir un abogado de su confianza.

En virtud de esa misma facultad, puede también revocar el nombramiento del defensor y designar a otro¹³

b) La actuación del defensor no puede colisionar con la voluntad del defendido. El Abogado defiende los intereses del imputado y como tal se constituye en un alter ego procesal, algo así como el oído y la boca jurídica del inculpado.

c) El derecho de defensa es irrenunciable. Si el inculpado asume una actitud pasiva en el proceso y no quiere defenderse, manifestando su rechazo a la asistencia de letrado, el ordenamiento jurídico prevé la actuación del defensor quien aparece en legítimo mecanismo de autoprotección del sistema, para cumplir con las reglas del juego de la dialéctica procesal y de la igualdad de las partes, como lo expresa Moreno Catena.

d) La defensa técnica es obligatoria. Debe manifestarse cuando el imputado ha sido detenido por la policía o cuando no estando en dicha situación ha de producirse el primer interrogatorio. Pero sobre todo es obligatoria la defensa técnica en el procedimiento penal, aun cuando la ley considera posible la intervención de persona idónea para asumir el cargo en la declaración del imputado.

¹³ SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. "Comentarios al Código Procesal Penal", IDEMSA LIMA- PERÚ.1994, p. 111

2.7. Principios fundamentales que comprende el derecho de defensa.

El Derecho de Defensa incorpora dentro de sí dos principios fundamentales del proceso penal. El de CONTRADICCIÓN, de carácter estructural al igual que la igualdad y el ACUSATORIO, vinculado al objeto del proceso al igual que los de legalidad-oportunidad¹⁴

El Principio de Contradicción

Este principio se construye, en concepto de Gimeno Sendra, sobre la base de aceptar a las partes del proceso penal, acusadora y acusada, la posibilidad efectiva de comparecer o acceder a la jurisdicción a fin de poder hacer valer sus respectivas pretensiones, mediante la introducción de los hechos que las fundamentan y su correspondiente práctica de pruebas, así como cuando se le reconoce al acusado su derecho ha ser oído con carácter previo a la condena¹⁵.

La contradicción exige: 1.- la imputación; 2. la intimación; y, 3. el derecho de audiencia. Para que el imputado pueda defenderse es imprescindible la imputación, la cual importa una relación clara, precisa y circunstanciada de un delito formulada por el Ministerio Público. Esta imputación debe ser conocida por el procesado – que es lo que se denomina intimación-, quien además debe tener el derecho de audiencia. Una necesidad de justicia apremiante para el proceso penal es que nadie sea condenado, sin ser oído y vencido en juicio.

Expresa Maier, en primer lugar, que el derecho a ser oído es una condición previa al pronunciamiento por el órgano jurisdiccional no sólo de sentencias sino, inclusive, de decisiones interlocutorias que conforman la situación del imputado durante el procedimiento. En segundo lugar, que el derecho de audiencia constituye un presupuesto de validez y eficacia de las mismas. Y, en tercer lugar, que este principio se extiende: 1. al respeto a la integridad corporal del imputado: 2. al rechazo a los tormentos y a todo acto de interrogatorio que propenda al error (preguntas capciosas y sugestivas o

¹⁴ SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal.Volumen 2, Editora Jurídica Grijley,.octubre 2003, p. 73..

¹⁵ GIMENO SENDRA, Derecho Procesal Penal. (copias), p. 56

amenazas o promesas previas); 3., A la facultad de abstenerse voluntariamente de declarar; y, 4. Al derecho de probar y controlar la prueba, en cuanto necesidad de equiparar las posibilidades del imputado respecto a las del acusador.

En conclusión, como postula de la Oliva Santos, el derecho de audiencia “trata de impedir que una resolución judicial puede infligir un mal a un sujeto jurídico que no haya tenido, dentro del proceso de que se trate, la oportunidad de decir y hacer en su defensa aquello que sea razonable y oportuno”. Su violación se presenta, al decir del mismo autor, cuando se imposibilite completamente de actuar al imputado o cuando se impongan limitaciones que sólo permitan una actividad inadecuada a la importancia de lo que ha de decidirse y a los posibles efectos perjudiciales de la decisión.

Contemporáneamente el principio de contradicción tiene una proyección inusitada y ha sido objeto de una profunda evolución, al punto que se le concibe como base de un nuevo modelo de proceso penal, que superaría la clásica confrontación entre los modelos impositivos y acusatorios. Se le entiende conectado a la inmediación, de la que deriva la actividad valorativa y consiguiente resolución judicial, y al principio de igualdad de armas, en cuanto implica la atribución a éstas de derechos y deberes procesales, a fin de prepararlas para la contienda judicial; y sus manifestaciones clásicas se ha realizado a través del principio de audiencias y el de defensa.

El inc. 2do. del Art. 2 de la Constitución determina como derecho inalienable de toda persona a la igualdad ante la ley sin que sea discriminada por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, condición económica o de cualquier índole. Esta disposición por su conceptualización genérica está tan alejada del Art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se aprecia con precisión: a ser oído públicamente con justicia e igualdad por un Tribunal independiente e imparcial.

En tiempos como los de hoy de cambios y dinamismos civilizados es de esperar que el estado de derecho como garantía para las libertades de los ciudadanos sin la intervención autoritaria del Estado que vulnere los derechos

inviolables de la persona, administre una autentica justicia basado en los principios de la legalidad¹⁶

El principio acusatorio.

Este principio indica la distribución de roles y las condiciones en que se debe realizar el enjuiciamiento del objeto procesal penal. Al respecto, apunta Baumann, se entiende por principio acusatorio aquel según el cual no ha de ser la misma persona quien realice las averiguaciones y decida después al respecto. Tenemos –continúa explicando– una persecución de oficio del delito (Art.2 CPP de 1940 Y Art.1° del Nuevo Código Procesal Penal), pero con división de roles, lo que es fruto del derecho procesal francés. Esta división, en primer lugar, impide la parcialidad del Juez, pues la función persecutoria – investigación y acusación– se encuentra en el Ministerio Público (Art. 159° inciso 4 y 5, y 61 del Nuevo Código Procesal penal), que por lo demás, constituye un órgano público autónomo, separado de la organización judicial y regido por su propia Ley Orgánica; y, en segundo lugar, suprime la necesaria posición de objeto del acusado en el derecho procesal común.

José María Asencio Mellado, señala que el principio acusatorio tiene tres notas esenciales:

- a) Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al Juez, así como la exigencia de una acción pública. Rige la máxima ne procedat iudex ex officio.
- b) La división del proceso en dos fases y las tareas propias de cada una de ellas de investigación y decisión respectivamente, han de ser conferidas a órganos diferentes con el fin de evitar un probable y posible prejuzgamiento por parte del Juez sentenciador. Rige la máxima de la prohibición de la identidad entre instructor y decisor.
- c) Relativa vinculación del órgano jurisdiccional a las pretensiones de las partes, en atención a la acusación fiscal. La vinculación del órgano

¹⁶ MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. "Enfoques de los recursos impugnatorios en el nuevo Código Procesal Penal. Editorial San Marcos Perú. 1ª edición. 1994.

jurisdiccional es de carácter temático, es decir, al hecho penalmente antijurídico, de suerte que sobre él órgano jurisdiccional tiene facultad para completarlo y resolverlo en toda su extensión. El Juez no está obligado a aceptar el título de condena ni la petición de pena, aunque la desvinculación no alcanza a los hechos imputados, que han de permanecer inmutables, sino a la calificación jurídica – penal siempre que respete el bien o interés jurídico vulnerado.

Una cuarta nota esencial del principio acusatorio, al decir de Gimeno Sendra, es la prohibición de la “reformatio in peius” o reforma peyorativa, .El Juez revisor, que conoce de un grado concreto, no puede agravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la resolución o sentencia recurrida, salvo que el apelado impugne también independientemente la sentencia o se adhiera a la apelación ya iniciada. El Juez ad quem está vinculado por los límites objetivos y subjetivos de la impugnación, que de rebasarse afectaría irrazonablemente el derecho de defensa.

Sobre el particular, Chiovenda sostiene que si el apelante recurre es porque se ve agraviado en su derecho y, por esa misma razón, si el apelado no recurre es porque no encuentra perjuicio en la sentencia que ha sido dictada por el Juez; eso quiere decir que la sentencia para el apelado es correcta y debe quedar tal como estaba, de donde se infiere que no puede salir beneficiado por su inactividad procesal; si no ha querido impugnarla es porque consideraba que no le era perjudicial, de ahí que la sentencia dictada en segunda instancia no pueda concederse más de lo que le dio la sentencia de primera instancia ,o , dicho en otras palabras, no cabe empeorar la situación del apelante si es éste el único que recurre¹⁷

2.8. Derecho a la defensa eficaz.

El principio supremo y rector que gobierna el derecho del imputado a contar con un abogado defensor, que lo asista en el proceso, es aquel que

¹⁷ citado por Cortés Domínguez, en: CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Víctor: Derecho Procesal Civil, Colex, Madrid, 1996, p. 350

obliga al Estado a brindar al inculcado una defensa *eficaz* ¹⁸ Se trata de un principio de raigambre constitucional y convencional, que, como tal, debe aplicarse directa y obligatoriamente a cualquier proceso judicial.

Por eso no siempre es legítimo que una persona sometida a proceso se defienda ella misma. Para ser ello legítimo, debe contar con suficientes conocimientos en materia de derecho (y, en especial, jurídico- penales) como para poder defenderse por sí mismo y, además, debe encontrarse en condiciones reales de hacerlo. De otro modo, su derecho a la defensa eficaz en juicio se vería restringida y, por ello, violentada.

De allí que toda persona imputada de delito tiene, desde el comienzo del proceso y hasta su total finalización, el derecho irrenunciable a contar con un abogado que lo defienda.

Es que la defensa técnica (por parte de un abogado) es necesaria para poder refutar la imputación delictiva en su contra, que, precisamente, formula otro abogado (sea estatal, particular o ambos a la vez).

Pero ese derecho a la defensa debe ser *real* y no meramente formal.

2.9. Derecho del imputado a elegir defensor.

Nadie discute que el imputado (si no se defiende solo) tiene derecho a elegir qué abogado quiere que lo defienda. Puede elegir a uno particular ("de su confianza", como suele decirse) o, en su defecto, a un defensor público.

Y todo el mundo repite, al unísono, el artículo 8,2,d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

¹⁸Sobre el tema puede citarse, entre otros, Stella Maris MARTÍNEZ, La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz, en *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, n° 9.

... d) derecho del inculpado ... de ser asistido por un defensor *de su elección* y de comunicarse libre y privadamente con su defensor".

Resalto que todos lo repiten porque, a pesar de ello, luego (en los casos puntuales) suele no cumplirse, mandando o admitiendo la indebida intervención de defensores oficiales en contra de la elección del imputado.

Eso sucedió, por ejemplo, en la audiencia de formulación de cargos efectuada en la sala 1-2, Oficina Judicial de Zapala, Provincia de Neuquén, el 20 de febrero de 2014, en el legajo 10450/2014, "Soae Carol-Velázquez Maliqueo Martín, Rain Mauricio s/lesiones leves y daño". Allí el juez de garantías dispuso que se hiciera la audiencia (para evitar su frustración) con el defensor oficial que estaba presente, no obstante la designación de defensores *particulares* efectuada por el imputado en esa misma audiencia. Precisamente por haber actuado un defensor oficial, en lugar de los *particulares elegidos* por el imputado, tal audiencia fue declarada nula, por afectación a la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa en juicio y, en particular, a lo dispuesto por el artículo 8,2.d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ¹⁹.

El defensor que debe actuar en un proceso es, entonces, el que elige *el imputado*. Sólo si el abogado particular elegido no acepta el cargo, le corresponde actuar a un defensor público (éste es un tema de subsidiariedad de la defensa pública, tratado en el apartado siguiente).

El defensor que debe actuar, por ende, no es el que *no* elige el inculpado, como tampoco el que elige *otro* en su lugar.

Esto es importante tenerlo en cuenta porque, en ocasiones, el defensor es elegido por alguna institución (que, de algún modo, *se lo impone* al sometido a proceso). Ello muestra que, a veces, las instituciones se arrogan derechos por encima de los derechos de los seres humanos que las integran o que representan. Por ejemplo: si las autoridades de la institución le imponen un determinado defensor al inculpado de delito, cuando este último pretende que lo defienda otro, están violando el derecho supremo del acusado a elegir quién

¹⁹ Eso sucedió el 10 de marzo del 2014, en el mismo legajo judicial (ver texto de este trabajo, correspondiente a la nota de pie de página n° 12).

lo defienda. El derecho no es de ninguna institución, sino del imputado. La elección es propia de la persona sometida a proceso y de nadie más.

Para dar un ejemplo de violación a este derecho a elegir defensor, puede citarse el caso "Escobar, Fabián s/homicidio agravado en grado de tentativa" (legajo N° 75365), seguido en la Primera Circunscripción Judicial del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén, en el cual el imputado, en la audiencia de formulación del cargos del 22 de septiembre de 2016, dijo que nunca quiso que lo defiendan la defensa pública y que tampoco la quiere en ese acto, designando para su asistencia a los abogados con los que cuenta la policía (que habían comenzado a prestarle asistencia, el día anterior, al momento de su detención). Ante la no aceptación de uno de ellos y sin permitirle comunicarse libre y privadamente con otro de los abogados policiales (que no estaba presente en esa audiencia), el Juez de garantías dispuso que debía actuar la defensa oficial. Ante ello el imputado dijo que, entonces (si no se le permitía la defensa por parte de los abogados que eligió desde un principio), nombraba a otro defensor particular, cuyos datos obraban en el teléfono celular que se le había secuestrado el día anterior. Si el inculcado hubiera elegido se asistido por la defensa pública, no se entiende la razón por la cual, ni bien comenzada la audiencia, nombró a varios defensores particulares. Frente a la nueva designación de un abogado particular (ante el rechazo de los policiales), el Juez mismo volvió a rechazar tal petición y dispuso, ilegítimamente, que la audiencia debía efectuarse con la defensa oficial, dando intervención al Defensor General. Con ello violó abiertamente el deber de permitir al imputado que lo defiendan el defensor *que ese imputado eligió*. Ante ello, el Defensor General de Neuquén, en lugar de exhortar al Juez a dar intervención a cualquiera de los abogados particulares designados por el imputado (instruyendo a los defensores oficiales a *no* actuar en ese caso - que era lo que *debía* hacer-) ²⁰, mandó a una defensora oficial para que asista al imputado, violando también el deber de permitir la actuación de los defensores particulares elegidos por el inculcado. Adviértase que mandó a tal defensora oficial cuando el imputado *no* designó a la defensa oficial para que lo defiendan.

²⁰ A diferencia de ello, la Defensora General de la Nación, con toda corrección, instruyó a no actuar a los defensores oficiales en situaciones semejantes (ver las instrucciones mencionadas en el apartado 3).

Claro que, ante la pregunta del Juez (que le impuso la defensa oficial) acerca de si aceptaba su intervención a pesar de saberse que, terminada la audiencia, lo iban a defender los abogados policiales que lo habían empezado a asistir, el imputado accedió sólo porque no le quedaba otra alternativa (estaba detenido y pensó que, ante tal empecinamiento del Juez, era la única posibilidad de obtener su libertad). Prueba de esto último (de que no eligió la defensa pública que sólo le "ofrecieron-impusieron", es que, concluida esa audiencia, nunca más intervino la defensa pública (que nunca debió intervenir en el caso). Si hubiera elegido, libremente, la defensa pública en esa segunda parte de la audiencia, hubiera seguido con ella, pero, como lo dijo el propio imputado, nunca la quiso, pues "desde el principio" eligió ser defendido por abogados particulares²¹. Por ello, también la defensa pública actuó indebidamente en esa audiencia, violando, a las claras, el derecho del imputado a ser asistido por el defensor de su elección.

Para asegurar el ejercicio de este derecho del imputado, los "Principios Básicos sobre la Función de los Abogados", del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente²², disponen que "Los gobiernos velarán por que la autoridad competente informe inmediatamente a todas las personas acusadas de haber cometido un delito, o arrestadas o detenidas, de su derecho a estar asistidas por un *abogado de su elección*" (principio 5).

En consecuencia, si el imputado (informado de su derecho) nombra un defensor particular para que lo defienda, existe el deber del Estado de convocar a ese profesional para que manifieste si acepta o no el cargo. Obviamente, si en lugar de *uno* designara *varios* abogados para que lo defiendan, será deber del Estado convocar a cada uno de ellos para que decidan si aceptan o no la función encomendada por el inculcado. Esos son deberes correlativos al derecho del imputado a elegir defensor. Como veremos, sólo si no acepta ninguno de los designados corresponderá, recién

²¹ Si, antes de comenzar la audiencia, el juez sabía que aceptaron el cargo de defensores los abogados de la institución policial, ellos debieron actuar *en esa audiencia* y no debió permitirles que acepten el cargo sólo para *después de realizada*. O aceptaron o no lo hicieron, pero, si lo hicieron (como sucedió en ese caso) no pueden imponerle al imputado la carga de ser asistido por quien no eligió, pues ello es una forma de imposición indebida de la defensa pública.

²² La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU, Doc. A CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990).

en esa hipótesis, la intervención de algún defensor público.

2.10. Derecho del imputado a ser asistido por un defensor público.

La intervención en el proceso penal de un defensor público tiene carácter subsidiario. Ello significa que sólo puede actuar cuando el imputado no se defiende solo (si fuera el caso) ni nombra a uno o varios abogados particulares para que lo asistan.

Si el imputado es autorizado a defenderse por sí mismo no es legítima la actuación de un defensor público.

Lo mismo sucede si el imputado designa, para su asistencia, a un abogado particular (o "de su confianza").

En estos casos, el Ministerio Público de la Defensa tiene prohibido intervenir en el proceso.

El artículo 8.2.e de la Convención Americana de Derechos Humanos expresa que: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ... e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, *si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor* dentro del plazo establecido por la ley".

El decir, el Estado no está autorizado a nombrarle un defensor público (ni éste debe actuar) cuando el imputado pidió ser asistido por uno o varios de carácter particular.

Y ello es así por varias razones:

1) porque la intervención de la defensa pública, en esas circunstancias, viola el derecho constitucional y convencional del imputado "de ser asistido por un defensor de su elección", contenido en el artículo 8,2,d de la Convención Americana;

2) porque, tal intervención, violenta el texto del artículo 8,2,d de la Convención Americana, que le asegura al inculpado la asistencia de un

defensor público *"si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley"*;

3) porque, con ese proceder, se resiente el servicio de defensa pública (por asumir más casos que los que le corresponden);

y 4) porque, de ese modo, se afecta el derecho de los abogados a ejercer libremente su profesión, del que se ven privados si la defensa oficial actúa *en su lugar* cuando el imputado designa a cualquier particular.

La Defensoría General de la Nación instruyó a los defensores oficiales a *no* ejercer la defensa en cualquier caso en el que el imputado hubiera designado defensores particulares.

Para dar un ejemplo, en el expediente DGN N° 1456/2005, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 designó a una Defensora Pública Oficial toda vez que el defensor particular había colocado al imputado en estado de indefensión. Ante ello, la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, resolvió, con toda corrección: *"instruir a la Sra. Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal, Dra. Silvia Ciochetto, para que tanto ella como la Dra. Juana Varela Marzovilla así como cualquier otro integrante de este Ministerio Público de la Defensa, se abstengan de asistir al imputado ...*, en la causa N° 2187 del registro del tribunal oral en lo criminal N° 14, *así como a cualquier otro imputado a cuyo respecto se mantenga vigente la designación como asistente técnico de un letrado de confianza"* (resolución DGN n° 1668/05, del 27 de diciembre del 2005).

Es decir, la defensa oficial *no debe actuar* cuando el imputado designe a un defensor particular.

Lo mismo sucedió en otros casos, en los que la Defensoría General de la Nación instruyó a no ejercer la defensa a los defensores oficiales, ante la mera designación de algún defensor particular, en los que, por ejemplo, se quería evitar que no se frustrase una audiencia y, para evitar tal frustración, se hubiera desoído la designación de un defensor particular por parte del imputado ²³.

²³ Ver, entre otras, las resoluciones DGN n° 747/08 (del 26 de mayo del 2008); DGN n° 1433/2008 (del 29 de

La consecuencia jurídica que se produce cuando la defensa pública actúa *en lugar de los abogados particulares designados por el imputado*, es la total nulidad o invalidez de las actuaciones correspondientes. Ello es así, precisamente, por violación a *la garantía constitucional y convencional del imputado a ser defendido por el defensor de su elección*.

Puede mencionarse, en el sentido indicado, un importante precedente judicial de la provincia de Neuquén.

Se trata de la decisión que *dispuso la nulidad de una audiencia de formulación de cargos*, por afectación a la inviolabilidad de la defensa en juicio, en virtud de haber actuado indebidamente la defensa oficial. Ella fue dictada por el juez Criado, en la ciudad de Zapala, Neuquén, el 10 de marzo del 2014, en el legajo 10450/2014, "Soae Carol-Velázquez Maliqueo Martín, Rain Mauricio s/lesiones leves y daño" ²⁴.

Allí, el Juez de Garantías resolvió "declarar la nulidad de la formulación de cargos del art. 133 del Nuevo CPP, realizada el 20/2/14, contra Carol Soae, Velázquez Maliqueo Martín y Rain Mauricio y todos los actos consecuentes". En ese caso, la audiencia de formulación de cargos que se anuló fue aquella en la que, pese a que los imputados designaron a dos defensores *particulares*, para no frustrarse la audiencia se la hizo con un defensor *oficial* que estaba presente (el Dr. Miguel Manso), quien precisamente pidió la suspensión de la audiencia ante la designación de defensores particulares por parte de los imputados. El Juez no dio lugar a tal petición e hizo la audiencia de formulación de cargos con el defensor oficial (que no debió actuar). Por esa razón, otro Juez, en una audiencia posterior sobre actividad procesal defectuosa pedida por los defensores particulares, dispuso la nulidad absoluta de esa audiencia y de los actos consecutivos, por afectación a la defensa en juicio (concretamente por afectación al derecho a ser asistidos por los defensores de su elección).

Esa es la consecuencia que se produce, en contra de los derechos del imputado, cuando la Defensa Pública actúa en forma indebida, frente a la

septiembre del 2008); DGN n° 931/09 (del 6 de agosto del 2009); DGN n° 1100/11 (del 7 de septiembre del 2011); DGN n° 82/14 (del 5 de febrero del 2014).

²⁴ Ver nota de pie de página n° 7.

designación del imputado de un abogado de su confianza. Además, como se adelantó, esto también afecta los derechos de los propios abogados particulares, que pierden la posibilidad de trabajar en la defensa de esos casos.

Es por ello que la Corte IDH "estima que la responsabilidad internacional del Estado puede verse comprometida, además, por la respuesta brindada a través de los órganos judiciales respecto a las actuaciones u omisiones imputables a la defensa pública ... la función judicial debe vigilar que el derecho a la defensa no se torne ilusorio a través de una asistencia jurídica *ineficaz*. En esta línea, resulta esencial la función de resguardo del debido proceso que deben ejercer las autoridades judiciales. Tal deber de tutela o de control ha sido reconocido por *tribunales de nuestro continente* que *han invalidado procesos cuando resulta patente una falla en la actuación de la defensa técnica*" ²⁵. Adviértase, incluso, que para la Corte IDH "en el presente caso consta que ... el señor Ruano Torres solicitó la acreditación de un defensor particular, quien solicitó la suspensión de la audiencia a fin de 'estudiar mejor la causa', lo que no fue admitido por el Tribunal" ²⁶. Esto último fue valorado como parte de la violación al derecho del imputado a una defensa eficaz.

2.11. Deber de apartamiento del defensor.

Entre las distintas condiciones de legitimidad constitucional de un juicio previo, imprescindibles para que pueda llegar a ser un juicio justo, ocupa un lugar importante la preservación de la imparcialidad judicial, la objetividad de la actuación de los fiscales y la eficacia del ejercicio de la defensa del imputado.

Hoy en día ha existido una evolución teórica en este aspecto, de acuerdo con la cual no sólo hay que prestar correctamente la función, sino también no despertar *sospechas* o *temores* en contrario. Como suele decirse, no sólo hay que serlo, sino también parecerlo.

²⁵ Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, *citado*, párr. 168.

²⁶ Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, *citado*, párr. 173.

Un juez que despierta sospechas de parcialidad debe apartarse del proceso, aunque se sienta capaz de ser imparcial. Lo mismo sucede con un fiscal que despierte dudas acerca de la objetividad de su actuación. Igualmente ocurre con los defensores oficiales que, por alguna razón, ofrecen dudas o sospechas de no poder ejercer eficazmente la defensa.

Ello lo explica, correctamente, el Profesor Julio B. J. MAIER, en relación a la necesaria imparcialidad de los jueces, A partir de una óptica constitucional del problema (y no de simple legalidad inferior), sostiene que las causales de excusación y recusación previstas en la ley no son taxativas, pues "ninguna regulación abstracta puede abarcar todos los motivos posibles que, en los casos futuros, pueden fundar, concretamente, la sospecha de parcialidad de un Juez. Es por ello que resulta razonable permitir ... (el apartamiento por) ... otro motivo que funde seriamente el temor de parcialidad en el caso concreto. De allí que las reglas sobre el apartamiento de los jueces no deban funcionar como clausura ...", pudiendo existir "temor razonable por la posible parcialidad de un juez, apoyado en razones analógicas que fundan seriamente su pretensión" ²⁷.

De la misma forma, un defensor oficial puede y debe pedir apartarse de una defensa determinada cuando exista, en el caso particular, *temor o sospecha* de falta de suficiente eficacia en el ejercicio de la asistencia técnica.

No es necesario que la situación particular que motiva el apartamiento se encuentre prevista como causal de excusación o de recusación en la ley procesal (ley inferior), pues no es posible prever en su texto todas las situaciones posibles que ponen en juego la necesaria *eficacia* o prestación *adecuada* de la defensa del imputado (que es una garantía de mayor rango, consagrada por las Convenciones y Declaraciones de Derechos Humanos -art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional-).

²⁷ Cfr. Julio B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal Argentino*, tomo 1 b, Fundamentos, Hammurabi, Bs. As., 1989, ps. 486 y 487.

Por otra parte, cualquier regulación legal o reglamentaria que restrinja las causales de apartamiento de modo tal que permita el ejercicio de la defensa en forma *inadecuada* será, sin dudarlo, inconstitucional y repugnante a los principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, tal normativa será contraria al derecho de todo imputado a contar con un abogado respecto del cual no existan *sospechas o peligros* de *ineficaz* prestación de su servicio o bien que, por la razón que fuera, no haya *temor* de *ineficiente* asistencia técnica.

Por esas razones, ante tal petición, el defensor *debe* ser apartado de la defensa, por aplicación directa de la normativa suprema (cualquiera fuera el texto de la normativa de rango inferior).

Como ejemplo de pedidos de excusación correctamente planteados y aceptados, *puede mencionarse el del Dr. Mario Alberto Villar, quien requirió que se lo excuse de intervenir en la defensa del dictador Augusto Pinochet Ugarte por violencia moral, "en razón de que los actos, encubiertos en razones de carácter político, realizados por el nombrado durante la dictadura militar que dirigió en el país de Chile, van en contra de todos los principios que sostiene el citado magistrado como persona".*

En este caso, y ante tal petición, el entonces Defensor General de la Nación, Dr. Miguel Ángel Romero, *aceptó la petición de apartamiento*, en resguardo del derecho del imputado a una defensa eficaz. Al respecto, dijo que *"los dichos vertidos por el señor defensor público oficial (encuadran) en el supuesto de violencia moral, por lo que resulta procedente hacer lugar a la excepción de asumir la tarea para la cual ha sido designado. Que lo expuesto a fin de evitar posteriores planteos de nulidad referidos a la intervención de los Magistrados del Ministerio Público de la Defensa ...* Por ello, el Defensor General de la Nación resuelve: *... hacer lugar a la excusación esgrimida por el Defensor Público Oficial Adjunto, Dr. Mario Villar, de intervenir en la asistencia técnica del Señor Augusto Pinochet Ugarte ..."* (Cfr. Resolución DGN n° 1597/2000, dictada el 14 de noviembre de 2000).

Esa decisión es correcta porque, obligar a alguien a ejercer una defensa cuya eficacia no puede garantizar (en el caso del defensor Villar porque él no estaba en buenas condiciones de plantear argumentos de defensa que podrían beneficiar al imputado) es, directamente, desconocer el deber de brindar al encausado una defensa eficaz (a pesar de que, en el mero discurso, se diga que se la tutela). En otros términos, si se hubiera rechazado esa excusación, se hubiera perjudicado al imputado, aunque con discurso de "tutela", obligando a un defensor a defenderlo mal.

No obstante lo dicho, otros pedidos de excusación fundados en razones análogas (e incluso alguno invocando parentesco con las víctimas) fueron ilegítimamente rechazados por el mismo Defensor General de la Nación (Miguel Ángel Romero). A tal punto fueron ilegítimos esos rechazos que, ellos, fueron uno de los motivos del juicio político que le pidió la Comisión de Juicio Político de la Cámara de Diputados de la Nación ¹⁷ y que, luego, motivó la renuncia de Romero a su cargo.

En relación a esos rechazos de los pedidos de excusación que motivaron el pedido de juicio político de quien los resolvió, resulta paradigmático el *caso del Defensor Público Oficial ante la Cámara Nacional de Casación de la Nación, Dr. Mario Hugo Landaburu* (a quien se le había rechazado su pedido de excusación de defender acusados de delitos de lesa humanidad, por violencia moral). Landaburu, luego de fallecido, fue homenajeado por la Defensora General de la Nación, Stella Maris Martínez, quien, además de otros valores, recordó que "jamás de doblegaba y (siempre) defendía sus ideales", destacando "su coherencia como defensor de los excluidos y los perseguidos", recordando "cuando se excusó de defender al capellán de la policía de Buenos Aires Cristian Von Wernich, acusado por delitos de lesa humanidad" e "invocó la causal de violencia moral". Sobre ello, sostuvo que el anterior Defensor General "lo puso en una disyuntiva: o defendés o te vas. Y Landaburu, que fue digno también en su retirada, se fue". Es decir, no era legítimo ejercer la defensa *en esas circunstancias*. La Defensora General llegó más lejos y dijo: "nuestro ideal es que haya muchos

Landaburu en la Defensoría" (Cfr. Homenaje en memoria del Dr. Mario Hugo Landaburu, en el salón Guillermo Díaz Lestrem de la Defensoría General de la Nación). A ello agregaría, sin dudarlo, "que haya muchos Landaburu que luchen por *no* ejercer la defensa en causa penal cuando ello pudiera lesionar el derecho del propio imputado a contar con una defensa eficaz". En otras palabras, fue digno irse, pero también lo hubiera sido quedarse y no resignarse a cumplir, por obediencia debida, una resolución inconstitucional, atentatoria contra el mismo principio rector de la actuación de todo defensor: el de la eficacia en su labor.

Si un defensor público, en cambio, no pidiera su apartamiento en casos como los mencionados (a pesar de que ello constituye su *deber*), puede ser *recusado* por esos mismos motivos y debe ser apartado de la defensa.

Precisamente por temor o sospecha de posible ineficacia en la labor de la defensa (incluso por razones ideológicas), *los propios imputados han presentado pedidos de recusación de los defensores oficiales*. Frente a la existencia de tales peligros corresponde, por ende, aceptar tales recusaciones y brindarle, a los encausados, un defensor que les garantice una asistencia real.

Un ejemplo es el ocurrido en el caso de *Luciano Benjamín Menéndez* (hoy condenado a varias penas de prisión perpetua por delitos de lesa humanidad), que, en el caso *Álvarez de Escurta (víctima) s/homicidio en el contexto del terrorismo de Estado*, recusó al Defensor Oficial Alberto Aragoné por haber estado este último comprometido ideológicamente contra la dictadura militar. Por esa razón, el imputado tenía derecho a otro defensor, que, *entre otros aspectos*, negara la existencia de un plan sistemático de exterminio por parte de la dictadura militar (o la llamada "teoría de los dos demonios"), a diferencia de la posición firmemente sustentada por el defensor recusado. La asistencia jurídica, en esas circunstancias, perjudica la garantía suprema de *eficacia de la defensa*. Adviértase lo que pasó luego con la

actuación como defensor del citado defensor público, quien, aunque resulte paradójico, terminó increíblemente "escrachado" por los organismos de derechos humanos que él siempre defendió. Debido a esos "escraches", el citado defensor se excusó de intervenir en todas las causas de terrorismo de estado, *por compartir el mismo espacio social y cultural de los que lo cuestionaron, encontrándose a partir de ello en una situación de imposibilidad de actuar correctamente*. Frente a tal petición, la Defensoría General de la Nación resolvió rechazar la excusación pero, a pesar de ello, lo apartó de intervenir en esas causas por razones funcionales o de servicio. Es decir, a partir de ahí (sea por violencia moral o por razones de servicio) no actuó más en esos casos, preservándose, desde entonces, la eficacia de la función, que es lo que debe gobernar la actuación de la defensa.

El apartamiento en casos como los citados (sea por pedido de excusación del defensor o por recusación presentada por el imputado) custodia, incluso, la validez del proceso, ya que la actuación como defensor de un abogado que no ofrezca las debidas garantías de eficacia en el cumplimiento de su función produce, como consecuencia, la invalidez de lo actuado (por afectación de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio).

Por eso es que, por ejemplo, se admitió la excusación presentada por el defensor público Villar, en el mencionado caso de Pinochet, "a fin de evitar posteriores planteos de nulidad referidos a la intervención de los Magistrados del Ministerio Público de la Defensa".

Es que el imputado, obligado a ser asistido por quien no ofrece garantías suficientes de eficacia, bien podría reclamar (con toda razón) la nulidad del proceso por defensa ineficaz.

Y declaraciones por ese motivo han tenido lugar por parte del máximo tribunal del país. Por ejemplo, en el caso "Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario", la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió declarar "la nulidad de todo lo actuado a partir del

recurso de casación in forma pauperis ... de los autos principales, que deberá ser resuelto después de que R. A. N. haya recibido una efectiva y sustancial asistencia letrada de parte de su defensor. En virtud de las graves deficiencias observadas durante el trámite de esta causa, se recomienda que situaciones como las aquí consideradas, que sólo concurren en detrimento de una eficaz administración de justicia, sean evitadas" ²⁸.

Con ello concuerda la exigencia de *lealtad* con el imputado, que, entre otros documentos, demandan los citados "Principios Básicos sobre la Función de los Abogados". Tales principios establecen, entre las obligaciones y responsabilidades de los defensores, que "los abogados velarán *lealmente* en todo momento por los intereses de sus clientes" ²⁹. Y un primordial deber de lealtad es, justamente, hacerle saber al imputado de cualquier motivo por el cual pudiera dudar o temer acerca de la eficacia en el ejercicio de su asistencia técnica y presentar la correspondiente petición de apartamiento para preservar el correcto ejercicio de la función.

El derecho a una defensa eficaz, entonces, no debe ser entendido como una mera fórmula vacía de contenido. No debe ser una mera proclama, formulada para ser, luego, desatendida en los casos concretos que se presenten en la práctica judicial.

Tal derecho, al contrario, es incompatible con la asunción de defensas ante la mera sospecha o temor de inadecuado ejercicio de tan noble función. Y la existencia o no de tal situación deberá determinarse en cada caso concreto, pero nunca descartarse de plano, so riesgo de pisotear la más preciada de las garantías al servicio de la cual ha sido creada la defensa pública: la tutela *eficaz* de los derechos del imputado.

Como lo dijo con toda corrección la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el debido proceso se encuentra ... íntimamente ligado

²⁸ CSJN, N. 19. XXXIX. PVA Núñez, Ricardo Alberto s/ sus recursos de queja y casación y extraordinario, del 16 de noviembre de 2004.

²⁹ Cfr. Principio 15.

con la noción de justicia, que se refleja en: i) un acceso a la justicia *no sólo formal...* ii) el desarrollo de un juicio justo, y iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al *mayor nivel de corrección del derecho*, es decir *que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa*" ³⁰.

La defensa debe ser *material y efectiva* y no sólo formal, ya que esa es la única forma de obtener el mayor nivel posible de corrección del derecho y, como consecuencia, una decisión justa.

Por eso se alude a "la exigencia de contar con un abogado que ejerza la defensa técnica para afrontar *adecuadamente* el proceso" ³¹.

La defensa debe ser *adecuada*, no pudiendo ser una figura tan solo decorativa ³².

Es así que la Corte IDH ha sostenido que "nombrar a un defensor ... con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica" ³³.

De acuerdo con ello, no basta con que el Estado asegure el derecho del imputado a contar con un abogado que lo defienda, sino que hace falta -imperiosamente- que se otorguen las mayores garantías posibles de *correcto* o *adecuado* ejercicio de dicha función. "A tal fin, es necesario que la institución de la defensa pública, como medio a través del cual el Estado garantiza el derecho irrenunciable de todo inculcado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación

³⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, Sentencia del 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 151.

³¹ Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, *citado*, párr. 155.

³² Cfr. *María Fernanda LÓPEZ PULEIO*, El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos, en *Revista del Mercosur, Brasil*, 2012 ("su intervención debe ser competente y adecuada").

³³ Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, *citado*, párr. 157.

eficiente" ³⁴.

"En el mismo sentido, el perito Binder sostuvo que el derecho de defensa comprende un carácter de defensa eficaz, oportuna, realizada por gente capacitada, que permita fortalecer la defensa del interés concreto del imputado y no como un simple medio para cumplir formalmente con la legitimidad del proceso. Por ende, cualquier forma de defensa aparente resultaría violatoria de la Convención Americana" ³⁵.

El ejercicio de la defensa en juicio debe ser, entonces, eficaz y no formal o aparente.

Si esto es así, como correlato del derecho fundamental de toda persona imputada de delitos a ser adecuadamente defendida, el Estado tiene *deberes* que cumplir en cada situación concreta en la que se ponga en juego la necesidad de asistencia jurídica eficiente.

Como mínimo, el Ministerio Público de la Defensa debe contar con personas capaces, formadas jurídicamente y, en especial, con cabal manejo de la teoría jurídico-penal y de su puesta en práctica, comprometidas con los principios del Estado Constitucional de Derecho y con el respeto irrestricto de los Derechos Humanos. Para ello debe implementar sistemas de capacitación técnico-jurídica y alentar la participación en jornadas y congresos encaminados a intercambiar ideas sobre la temática jurídica. De la misma manera, debe alentarse a la publicación de trabajos que comprometan a los operadores en la defensa de las garantías constitucionales y convencionales (que tutelan los derechos fundamentales de las personas asistidas, frente al poder punitivo del Estado). Con ello, además de buscar siempre la eficacia de la defensa, también se procura controlar la calidad y el contenido de justicia de las decisiones judiciales.

³⁴ Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, *citado*, párr. 157.

³⁵ Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, *citado*, párr. 158.

En ese marco, la idea fundamental que debe guiar la actuación de la defensa es, justamente, la correcta, idónea, eficaz, adecuada, eficiente, de calidad y comprometida prestación de la noble función de defensa de los derechos de las personas inculpadas de delito. Todo ello, que suele repetirse con asiduidad, sin embargo no es siempre cumplido y, en ocasiones, no lo es siquiera por las propias decisiones que se adoptan, al respecto, por las máximas autoridades del Ministerio Público de la Defensa.

2.12. El derecho de acceso a la justicia.³⁶

Debemos considerar que la Defensa Gratuita en el Perú no ha sido un tema que haya tenido gran debate, ni antes ni ahora, por lo que no siempre contó con reconocimiento legal y menos constitucional, incluso con la vigencia del nuevo ordenamiento procesal penal.

Por ello debemos, exponer que se presenta un somero análisis que, resume en gran medida, el desarrollo normativo de dicha institución en nuestro país, el mismo que ha permitido que la Defensa Gratuita antes denominada Defensa de Pobres, luego llamada Defensa de Oficio y ahora Defensa Pública, evolucione conforme desarrollaremos en el presente punto³⁷.

2.12.1. Evolución Histórica.

El primer antecedente normativo sobre la Defensa Pública, lo hallamos en el Reglamento de Tribunales³⁸, que en lo referido a los Defensores de Pobres contenía al Decreto Dictatorial del 15 de junio de 1855, que en su artículo segundo precisaba:

“Para la defensa de pobres y detenidos que no puedan proporcionarse abogados, la corte de cada distrito nombrará anualmente ocho abogados con estudio abierto en la capital de la República, y cuatro en los demás

³⁶ https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/08/06_Acuerdo-Nacional-por-la-Justicia-Nota-conceptual-para-difusi%C3%B3n.pdf

³⁷ ZUÑIGA ESCALANTE, Jorge Adrián. Defensa Pública y acceso a la justicia constitucional de personas en situación de vulnerabilidad económica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima . Perú, 2015. P. 70 y s.s,

³⁸ DE LA LAMA, Miguel Antonio. Reglamento de Tribunales. Librería e Imprenta de la Lama. Segunda Edición. 1905, pp. 177 – 1782

distritos judiciales, quienes se encarguen de los asuntos hasta su conclusión, salvo el caso de impedimento legal que ocurra.”

Entonces, se puede colegir que los abogados designados para atender las causas de pobres, no desarrollaban su labor a exclusividad pero que además podían atender cualquiera de las materias del derecho, pues conforme se señala era requerido el contar con estudio abierto. Señalándose además, en el artículo tercero del citado decreto, que a manera de remuneración, “cada año que empleen en la defensa de pobres se computará doble para efectos legales”.

Más adelante, en la Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada posteriormente se estableció, como una de las obligaciones de los abogados, el “servir los cargos de suplentes y defensores de pobres para que fueren designados”, pero sin hacer precisión alguna respecto a las materias que pudieran ser objeto de tutela por parte de los defensores de pobres. De otro lado, también se estableció en el mismo cuerpo legal que “en los lugares en que hayan cinco o más abogados en ejercicio no se admitirán en los juzgados y tribunales escritos que no estén autorizados por letrado”, lo que permite colegir la inexistencia de la vigente defensa cautiva o letrada, permitiendo, en aquellos lugares donde no existieran abogados en ejercicio, admitir escritos sin firma de abogado, superando la exigencia formal de un letrado, pero exponiendo a los litigantes sin asesoría letrada a observaciones formales por carecer de conocimientos legales.

Posteriormente, mediante la Ley 9024 del 23 de noviembre de 1939, se puso en vigencia el Código de Procedimientos Penales (aún vigente en nuestro país de manera parcial), que en su Título VII regulaba el Ministerio de Defensa, el mismo que estaba constituido por abogados que en los Juzgados de Instrucción y Tribunales Correccionales defendían de oficio a los inculcados y acusados. Así se establecía que habría un defensor de oficio rentado en cada Tribunal Correccional, nombrado por el Poder Ejecutivo y percibiría el haber que le señale la ley de Presupuesto.

Esta ley, también establecía que los Defensores de Oficio, que desempeñen el cargo en los Juzgados de Instrucción, serían designados anualmente por la respectiva Corte Superior, por lo que a partir de ese momento en el Perú se les denominó Defensores de Oficio a aquellos abogados nombrados, en principio por la Cortes Superiores y posteriormente por el Ministerio de Justicia, que brindaban sus servicios a favor de inculpados y acusados, sin hacer referencia alguna respecto a quienes serían los beneficiarios del servicio, sin embargo, fue entendido por defecto, que sería para todo aquel que no tuviera abogado en los procesos penales a efectos de garantizar lo que hoy se conoce como defensa necesaria. Conforme al Decreto Ley 14605 se estableció que los Defensores de Oficio serían nombrados anualmente por la Corte Superior,³⁹ en número suficiente para atender las necesidades de cada Distrito Judicial, pero haciendo la especificación de que a éstos les correspondería encargarse de la defensa de los litigantes que gocen del beneficio de pobreza.

Mediante Ley 15119, se encomendó al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República y al titular del Pliego del Poder Judicial velar por cumplimiento de la equiparación de los haberes básicos de los Defensores de Oficio rentados de los Tribunales Correccionales referidos en el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales de 1940 con el de los relatores y secretarios de las respectivas Cortes de Justicia a que pertenezcan. Dicha norma que proponía una mejora remunerativa para el Defensor de Oficio, generó que éste, fuera frecuentemente mediatizado por la figura del Juez, quien normalmente los consideraba parte del equipo de su juzgado y por lo tanto no le admitía, (como si lo hacía con el defensor privado) mayores objeciones al desarrollo del proceso y por ende a sus decisiones.

Sabemos que con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, la adopción de los principios de la Carta de Naciones Unidas, de la Declaración de los Derechos Humanos, así como de otras disposiciones internacionales, se instauró una época de reconocimiento de los derechos

³⁹ Conforme al artículo 348 de la Ley Orgánica del Poder Judicial publicada el 25 de agosto de 1963 en el diario oficial "El Peruano".

humanos. Ello contribuyó a que el 22 de noviembre de 1969, la comunidad internacional haga un reconocimiento a los derechos esenciales del hombre, a través de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que se suscribió en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos.

En el artículo 8 de dicho documento se recogió 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 defendiere por sí mismo, ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por Ley. En consonancia con la norma internacional enunciada, la Asamblea Constituyente de nuestro país, pretendió dar reconocimiento al derecho a ser asistido de manera gratuita por un abogado que sea pagado por el Estado y en la Constitución Política de 1979, en el inciso 9 de su artículo 233, estableció como garantía de la administración de justicia, el no ser penado sin juicio ni privado del derecho de defensa en cualquier estado del proceso; asumiendo el Estado, la obligación de proveer la defensa gratuita a las personas de escasos recursos⁴⁰.

En 1983, en armonía con la Constitución Política de 1979, se aprobó el Reglamento del Ministerio de Defensa, institución que, antes sólo era descrita en el Código de Procedimientos Penales de 1940. En dicho reglamento se establecía que la Defensa de Oficio era parte integrante del Ministerio de Defensa, y como tal, estaba constituido por Defensores de Oficio en lo civil y en lo penal. Los primeros serían designados anualmente por las respectivas Cortes Superiores de Justicia y tenían derecho a percibir la integridad de las costas personales que se imponían a la parte vencida, mientras que los Defensores de Oficio rentados en lo Penal serían nombrados por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia pero serían económicamente dependientes del Poder Judicial, percibiendo de éste una remuneración básica equivalente a la de los Secretarios y Relatores de cada Corte Superior.

⁴⁰ Decreto Supremo N° 023-83-JUS, de fecha 17 de mayo de 1983 publicado en el Diario Oficial "El Peruano"

En el año 1992, en consonancia con una serie de reformas estatales de gran envergadura en el Perú, se le asignó por primera vez al Ministerio de Justicia, en una norma con rango de Ley 167 la obligación de conducir, promover y supervisar el funcionamiento de los servicios jurídicos populares y de la Defensa de Oficio a las personas de escasos recursos.

2.12.2. La defensa gratuita en la Constitución de 1993.

La Constitución Peruana de 1993, en su inciso 16 del artículo 139, introdujo como principio y derecho de la función jurisdiccional la defensa gratuita para las personas de escasos recursos y para todos los casos en que la ley señale. Posteriormente, en agosto de 1993, se promulgó el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁴¹ en donde se reiteraba que los Defensores de Oficio Gratuitos (entiéndase en lo civil) tenían derecho a percibir la integridad de las costas personales que se imponían a la parte vencida, mientras que los Defensores de Oficio en Materia Penal serían nombrados previo concurso por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Justicia. Posteriormente, entre los años 1994 y 1997 ante la gran demanda del servicio y la escasez de abogados designados, comenzaron a surgir serios inconvenientes relacionados con el desempeño de los Defensores de Oficio, por lo que resultaba necesario imponer sanciones administrativas contra estos, medida de difícil ejecución debido a la diversidad de normas poco precisas que delimitasen a la autoridad legitimada para imponer las mismas. Tal situación, no se calmó a pesar de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se establecía que si bien era cierto que en dicho momento se encontraba vigente el artículo 70 del Código de Procedimientos Penales cuyo texto disponía que los “... defensores serían nombrados por el Ejecutivo y que percibirían el haber que les señale la Ley de Presupuesto”, no era menos cierto que diversas normas, entre ellas, la Ley N° 15119, entendiesen que el status de los abogados de oficio era equivalente a los de la plana del Poder Judicial.⁴²

⁴¹ Decreto Supremo N° 017-93-JUS, publicado el 20 de agosto de 1993 en el diario oficial “El Peruano”

⁴² Sentencias del Tribunal Constitucional N° 050-95-AA/TC y 322-96-AA/TC

Luego, en 1998, se dio una regulación específica sobre el servicio materia de análisis, promulgándose la Ley 27019, que creaba el Servicio Nacional de la Defensa de Oficio dentro “de la estructura orgánica del Ministerio de Justicia, dependiente de la Dirección Nacional de Justicia”. En dicha norma, se establecía que era objeto de dicho servicio el “proveer el derecho de defensa gratuita a personas de escasos recursos económicos”, con lo que se hacía referencia por primera vez a aquellas personas que podrían hallarse dentro del rango de pobreza legal, aunque no se hacía mayor precisión respecto a ellas quedando pendiente a ser desarrollado en el reglamento. De este modo, consideramos apropiado tomar en cuenta que la norma en cuestión no buscaba tutelar el derecho a la defensa gratuita per se, sino más bien, tenía por finalidad asegurar el derecho de defensa, derecho que conforme hemos señalado tiene finalidades distintas a la defensa gratuita. Conforme a lo establecido

“[c]omo un derecho humano y condición indispensable para la realización de todos los demás derechos humanos, que es fundamental para la convivencia social y el desenvolvimiento económico del país, y para mejorar las condiciones de gobernabilidad, y priorizando los siguientes objetivos:

- Incorporar el uso de mecanismos legales dentro de los programas y proyectos en desarrollo;
- Ampliar sustancialmente la disponibilidad de medios alternativos de resolución de conflictos destinados particularmente a los pobres, socialmente excluidos y discriminados,
- Fortalecer la justicia de paz y crear mecanismos para resolver disputas patrimoniales de bajo monto y
- Otorgar a las Facultades de Derecho protagonismo en las estrategias y programas de Acceso a la Justicia”

2.12.3. Situación actual.

Una democracia moderna tiene que fomentar el acceso a la justicia, que tiene como base un ejercicio pleno de libertad, lo que implica, entre otros

factores, conocimiento de la ciudadanía acerca de cuáles son sus derechos y cómo debe defenderlos. Asimismo, el acceso a la justicia, libre e igualitario, tiene que ver con la presencia de las instituciones del SAJ en todo el territorio nacional.

El acceso a la justicia implica también el trato digno que debe recibir una persona en el momento en que se presenta a hacer valer sus derechos. También se complementa con la coherencia de la jurisprudencia emanada de las instancias que administran justicia, respetando la independencia y autonomía de los jueces.

El acceso a la justicia debe posibilitar la igualdad de condiciones y con todas las garantías procesales. Es decir, la persona ejercita sus derechos fundamentales y procesales sin barreras ni limitaciones que vulneren sus derechos. Con ello, el SAJ es un medio por el que las personas (naturales y jurídicas) pueden hacer valer sus derechos o resolver sus disputas bajo los auspicios del Estado. Un SAJ que no cuenta con estas condiciones impacta negativamente en el país. Se trataría de un sistema que se mantiene alejado de la sociedad por su complejidad técnica, altos costos u otras barreras, lo que derivaría en que sea un sistema injusto. El acceso a la justicia en condiciones de igualdad para todas las personas constituye un derecho humano que debe obligar a las entidades públicas a desarrollar e implementar medidas necesarias para garantizar su efectividad. El adecuado acceso a la justicia permite mejorar la protección efectiva de los derechos y libertades de las personas.

El pleno acceso a la justicia todavía es considerado un desafío para el SAJ, ya que aún no se ha logrado establecer un enfoque integral ni brinda a la totalidad de la población la posibilidad de acceder al conocimiento, ejercicio y defensa de sus derechos, a través de servicios de justicia 17 cercanos a toda la población, centrados en sus necesidades y que incorporen a los sectores más vulnerables entre sus beneficiarios. A pesar de importantes esfuerzos de las instituciones que conforman el SAJ, subsisten un conjunto de barreras que limitan el adecuado acceso a la justicia. Las barreras socioeconómicas, legales,

administrativas, lingüísticas y culturales, geográficas, tecnológicas, infraestructura y de servicios adecuados reducen considerablemente la eficacia de este derecho y deben ser superadas. Por tanto, urge impulsar cambios que posibiliten una impartición de justicia independiente, eficaz, predecible, confiable, accesible y transparente.

En ese sentido, para desarrollar tales cambios se analizará desde tres enfoques, esto es, en primer término, promover soluciones no judiciales a sus conflictos (a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos); en segundo lugar, la efectiva posibilidad de acudir a un órgano jurisdiccional para solicitar tutela, desde los órganos más cercanos al ciudadano como la justicia de paz (“derecho a la tutela jurisdiccional”); y finalmente, a contar con una solución pronta y eficaz una vez que se ha accedido a la administración de justicia (“tutela jurisdiccional efectiva”).

En estas tres dimensiones es posible identificar barreras que dificultan o limitan el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, entre las principales, se considera a las siguientes:

- a) Barreras socioeconómicas: La pobreza y las dificultades para acceder a la justicia guardan una relación directa pues los sectores más pobres, en ocasiones, deben priorizar otros derechos esenciales para la subsistencia como el de vida o el de alimentación. Resultado de ello, se observan las dificultades para acceder a una fiscalía o juzgado. Además, muchas personas ignoran o conocen parcialmente el alcance de sus derechos. Como consecuencia, esta situación se manifiesta con el desconocimiento de la existencia de la asistencia legal gratuita (a través de la defensa pública) o la exoneración de tasas judiciales (por la naturaleza del proceso o auxilio judicial).
- b) Barreras lingüísticas y culturales: La naturaleza pluricultural y multilingüe de nuestro país, muchas veces constituye una barrera para las personas que conforman grupos étnicos o indígenas, ya que, en su mayoría, presentan una dificultad lingüística o de comunicación respecto al sistema de justicia convencional. El enfoque intercultural pleno es aún un tema pendiente en nuestro sistema de justicia, sobre

todo enfocado en la existencia de intérpretes para un tema lingüístico, y pocos operadores de justicia dominan los idiomas de los mencionados grupos o conocen sus características culturales. En cuanto a las barreras culturales, para no obstruir el sentido imparcial de la justicia es crucial tomar en cuenta a la cultura jurídica de las comunidades. Dicha institución de derecho consuetudinario resuelve conflictos, a través de la decisión de autoridades naturales de las comunidades. No obstante, aún no se han regulado un mecanismo de articulación con la justicia ordinaria, que fortalezcan su rol como herramienta efectiva de tutela. En lo relativo a las barreras lingüísticas, se cuenta también con una exigencia legal para las instituciones del sistema de justicia, prevista en el Decreto Legislativo N° 1342, que consiste en “atender y emitir sus decisiones en el idioma en el que se expresa originariamente la persona usuaria del servicio”. Además, se dispone que en los lugares en que “la población mayoritaria hable una lengua originaria, los puestos para cubrir las plazas de Juzgados, Fiscalías y la Policía Nacional del 18 Perú, así como del personal administrativo que labora en las instituciones de la administración de justicia deben, preferentemente, ser ocupadas por personas que conocen y pueden comunicarse en el idioma de la población de la localidad”, siguiendo una iniciativa que ya venía implementando en ese sentido el Consejo Nacional de la Magistratura. De otro lado, también se hace necesario reforzar a los diferentes órganos jurisdiccionales, especialmente aquellos que se encuentran más cerca al ciudadano, como la justicia de paz, y que son, en muchos casos, la única instancia a la que pueden acceder los ciudadanos para resolver sus controversias jurídicas, especialmente para la población rural y los sectores más pobres, en las cuales es “el mecanismo comunitario más extendido y a la vez más cercano a las instituciones estatales”.

- c) Barreras geográficas: Si bien las sedes de los juzgados, fiscalías y oficinas de defensa pública se sitúan en determinadas ciudades de los distintos departamentos, se advierte que la cobertura y el número de sedes todavía es insuficiente, pues los ciudadanos que residen en

zonas alejadas del radio urbano, especialmente zonas rurales, tienen que recorrer grandes distancias para acudir a las sedes en busca de la tutela jurisdiccional. Ello se agrava con las escasas vías de comunicación. De acuerdo a los estudios de pre-inversión que ha realizado el Programa ACCEDE, se constata que el territorio peruano se caracteriza por una baja densidad poblacional (en la mayor parte del país), un territorio abrupto, así como una deficiente, y en algunos casos inexistente, red vial.

Las sedes de las entidades del SAJ se encuentran mayormente en las capitales de provincia, lo que implica barreras reales de acceso para la población rural, que muchas veces deben viajar varios días e invertir importantes recursos para llegar a dichas sedes. En otros casos, la población que vive en las capitales de provincia o en grandes ciudades no pueden ser atendidas adecuadamente en las sedes del SAJ pues la capacidad de respuesta de SAJ se ve limitada por diversos factores como la escasez de operadores justicia, el poco grado de articulación del sistema, limitaciones tecnológicas, la no definición de estándares de calidad del servicio, entre otros.

Adicionalmente, en muchas ocasiones los servicios de justicia no se establecen de manera coordinada, lo que dificulta al ciudadano el lograr una solución global frente a sus controversias jurídicas. A pesar de los avances (Centros Integrado del Sistema de Administración de Justicia – CISAJ, Unidades de Flagrancia, “Una Fiscalía en tu Distrito”, locales permanentes de Defensa Pública a nivel nacional, y antes los centros Alegra), aún se carece de una visión coordinada para el establecimiento de estas iniciativas creadas con el objetivo de acercar la justicia al ciudadano. Por ello, se considera necesario prever sistemas integrados de justicia que permitan dar una cobertura efectiva al derecho de acceso, como componente de la tutela judicial efectiva. Su creación y modificación de competencias debe partir de un análisis coordinado no solo desde la oferta sino en particular desde la demanda, esto es, desde las necesidades concretas del ciudadano de acceder a la justicia (en el enfoque integral que se plantea), con criterios definidos para cada

decisión de este tipo que se adopte (como la cantidad de personas que serán potencialmente atendidas en dicho marco).

En ese sentido, se debe incrementar la cantidad de órganos jurisdiccionales, fiscales y de defensa pública (asistencia legal gratuita y defensa de las víctimas), especialmente en las zonas con menor acceso a la justicia en el país, así como para dar atención a la población que se encuentra en situación de especial vulnerabilidad.

- d) Otros retos pendientes Las barreras socioeconómicas, lingüísticas y culturales o la insuficiente cobertura dificultan la labor del Estado de brindar un servicio de justicia accesible, disponible, efectivo y de calidad. Por ello, una forma alternativa de acercar la justicia a la ciudadanía recae en la promoción y difusión del uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación y el arbitraje.

Una de las barreras que afectan el adecuado acceso a la justicia, es la poca claridad que tiene la ciudadanía acerca de conceptos básicos necesarios para una cabal impartición de justicia. Por ejemplo, la debida motivación de las resoluciones judiciales debe entenderse como la manera razonada para analizar los hechos, las pruebas y el derecho. Es necesario explicar por qué se llega a determinada decisión. La ausencia de motivación conduce a la arbitrariedad y la coloca fuera del ordenamiento jurídico. Por otra parte, en la actualidad aún existen diversos prejuicios y estereotipos machistas en nuestra sociedad y una serie de trabas que impiden a las mujeres acceder a sus derechos en igualdad de condiciones. En las zonas más alejadas como el ámbito rural esta situación se acrecienta y constituye un serio obstáculo para tener un proceso justo donde pueda hacer respetar su calidad de ciudadana.

2.13. La Defensa Pública como vía para acceder a la Justicia.

El derecho a la Defensa Pública es un derecho humano fundamental, reconocido en el Artículo 139º, numeral 16, de la Constitución Política del Perú, que funciona como garantía básica del Acceso Efectivo a la Justicia de todas

las personas, en particular las de mayor vulnerabilidad, sin discriminación alguna, para el pleno goce de los derechos humanos, y de los servicios del sistema judicial. Como todo derecho fundamental, la Defensa Pública, tiene fundamento en la intrínseca dignidad de toda persona humana, cuyo respeto es, de acuerdo a nuestra Constitución, el fin supremo de la sociedad y el Estado⁴³.

El servicio de Defensa Pública es brindado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), a través de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia (DGDPAJ), a las personas que no cuenten con recursos económicos y en los demás casos en que la ley expresamente así lo establezca. Este servicio integral brinda Asistencia Legal Gratuita, en materia penal, de familia, civil y laboral, y defiende a personas que han sido víctimas de la vulneración de sus derechos en cualquiera de sus formas.

La institución de la Defensa Pública Peruana, aspira a ser reconocida por todas las personas como un organismo rector del Servicio de Asistencia Legal Gratuita, prestado a nivel nacional, de manera oportuna y permanente, con calidad y efectividad, y orientada a la inclusión social y a la protección de los Derechos Humanos.

2.13.1. Defensa Pública en Materia Civil, Familia y Laboral.

La Defensa Pública en Materia de Familia, Civil y Laboral (Sólo consultas) es un servicio adscrito a la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas, de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia. Su competencia es brindar Asistencia Legal Gratuita en materia de familia, civil y laboral (Sólo consultas), a personas en condición de vulnerabilidad, ya sea porque no cuentan con recursos económicos o formen parte de grupos con especial protección, como menores, discapacitados, mujeres y ancianos entre otros.

Se asesora y/o patrocina legalmente, en forma gratuita, a personas de escasos recursos en materia de derecho de familia, civil y laboral (Sólo

⁴³ Tomamos en esta parte, como referencia, la información que existe sobre la defensa pública en la web del Ministerio de Justicia: www.minjus.com

consultas) que requieran de los servicios de un abogado para hacer valer sus derechos.

Se atiende a personas que requieren asistencia legal para resolver temas en materia de derecho de familia, civil y laboral (Sólo consultas) y que no cuentan con recursos para pagar un abogado particular.

Es importante lo que hacemos porque facilitamos el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad que requieren hacer valer sus derechos en materia de familia, civil y laboral (Sólo consultas). La Defensa Pública en materia de Familia, Civil y Laboral (Sólo consultas) se brinda en las Direcciones Distritales de Defensa Pública y Acceso a la Justicia y en los Centros de Asistencia Legal Gratuita.

2.13.2. Defensa de la Víctimas.

Un servicio adscrito a la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas, encargada de brindar Asistencia Legal Gratuita a personas que han sufrido la vulneración de sus derechos en cualquiera de sus formas.

Se asesora, patrocina y/o acompaña los requerimientos de asistencia legal de personas en estado de indefensión que han sufrido la vulneración de sus derechos en cualquiera de sus formas, como accidentes de tránsito, violencia física, trata de personas, pago de pensiones, indemnizaciones, entre otros.

Se atiende a personas en condición de vulnerabilidad que se encuentran en estado de indefensión por haber sufrido la vulneración de sus derechos en cualquiera de sus formas.

Es importante lo que hacemos porque el Estado no puede dejar desprotegidas a las personas que en condición de vulnerabilidad han sufrido la afectación de sus derechos y por lo tanto requieren del apoyo legal necesario para acceder a la justicia y no permanecer en estado de indefensión.

2.13.3. Defensa Penal Pública

La Dirección de Defensa Penal es la encargada de brindar Asistencia Legal Gratuita a personas que se encuentran involucradas en un proceso penal en calidad de investigados, procesados o acusados, en situación de libertad o privados de ella. También brinda servicios de defensa en establecimientos penitenciarios. Depende jerárquicamente de la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia.

Se atiende los requerimientos de defensa penal de personas de escasos recursos a quienes se les ha iniciado investigaciones o se encuentran involucrados en un proceso penal en calidad de procesados, a pedido del interesado o a solicitud de las autoridades judiciales, fiscales o policiales. Así mismo se brinda asistencia legal a personas privadas de libertad en calidad de condenados gestionando beneficios penitenciarios, cumplimiento de sentencias, rehabilitaciones, derechos de gracia entre otros servicios.

A personas involucradas en procesos penales que se encuentran en situación de indefensión, y que no cuentan con los recursos económicos para pagar un defensa penal privada. Así mismo contribuimos con las autoridades judiciales, fiscales y/o policiales para garantizar el ejercicio del derecho de defensa de los imputados y garantizar el debido proceso.

Lo que hacemos es importante porque el Estado tiene la obligación de garantizar el Derecho de Defensa de cualquier persona en el marco de un proceso penal. Así mismo como parte integrante del Sistema de Administración de Justicia la participación de la Defensa Pública Penal garantiza el cumplimiento de los Derechos Constitucionales al Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

2.13.4. Conciliación extrajudicial.

Es un mecanismo de solución de conflictos, por el cual dos personas o más pueden resolver sus diferencias, con la ayuda de un tercero denominado conciliador, de una manera rápida, económica y efectiva. A través del diálogo,

el conciliador facilita la comunicación entre las partes, lo que permite superar las diferencias y arribar a acuerdos que satisfacen a todos.

La Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, es una unidad orgánica de la Dirección General de Defensa Pública, que se encarga de planificar, promover y programar el desarrollo, funcionamiento e institucionalización de la Conciliación Extrajudicial a nivel nacional.

A través de los Centros de Conciliación Gratuito, se brinda el servicio a las personas que no cuentan con los recursos suficientes para acudir a un centro privado, promoviendo el acceso a la justicia de manera pronta y eficaz.

Autoriza el funcionamiento de los Centros de Conciliación y de Formación y Capacitación de conciliadores, acredita y registra a los conciliadores extrajudiciales y capacitadores en Conciliación. Asimismo, supervisa y sanciona a los operadores de la Conciliación Extrajudicial.

Se sirve a la población más vulnerable que requiere el servicio de conciliación extrajudicial, a fin de solucionar sus conflictos de forma rápida y económica.

A los operadores de la conciliación a través de la regulación normativa, capacitación y opiniones directrices sobre conciliación extrajudicial para facilitar la prestación del servicio que brindan a la población.

Permite que las personas, con ayuda de un tercero conciliador neutral e imparcial, a través del dialogo superen sus diferencias sobre derechos de su libre disposición como pensión de alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas, pago de deudas, indemnizaciones, desalojos, entre otros. Siendo que de arribar acuerdos, el Acta de Conciliación que los contiene tiene valor de una Sentencia y de incumplirse los acuerdos adoptados será el Juez quien ordene su cumplimiento.

De igual forma, a través de los operadores de la conciliación se busca la institucionalización de la conciliación extrajudicial en el país promoviendo la cultura de paz en la sociedad y evitar la judicialización de los conflictos

2.13.5. Arbitraje Popular.

Es un mecanismo de solución de conflictos, mediante el cual dos partes enfrentadas por una controversia deciden recurrir a un tercero llamado árbitro quien dará la solución definitiva del conflicto. Los árbitros son personas especializadas en el tema materia del conflicto.

El mayor desarrollo del arbitraje en nuestro país se da en 1996 con la dación de la Ley 26572, sin embargo se da un paso adelante con la promulgación del Decreto Legislativo 1071, convirtiéndose así la Ley de Arbitraje en una norma de vanguardia que ha entrado en vigencia el 1° de setiembre de 2008, y que tiene como base la ley modelo de UNCITRAL.

Ventajas del Arbitraje

- Ahorro de tiempo y dinero en comparación con un proceso judicial.
- Los árbitros son profesionales calificados e imparciales.
- El laudo tiene los mismos efectos que una sentencia judicial firme, es decir, es de obligatorio cumplimiento para ambas partes.

Es un arbitraje que permite que las grandes mayorías accedan a la justicia en un menor tiempo y a costos accesibles.

De acuerdo a la Ley de Arbitraje, la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del Arbitraje a favor de todos los sectores está a cargo del Ministerio de Justicia, quien ya cuenta con un Centro de Arbitraje Popular denominado "Arbitra Perú".

2.14. La Defensa Gratuita en el Derecho Comparado.

Conforme a la clasificación planteada, los servicios de Defensa Gratuita a nivel de Derecho Comparado pueden subsumirse dentro de la tipología enunciada ya sea a través de uno de los tipos de servicio o en algunos casos de manera mixta como es el caso del Perú. Para una mejor comprensión del tema haremos una aproximación a los servicios de defensa gratuita en otros países.

La Defensa Gratuita en Argentina.

El servicio de Defensa Gratuita en Argentina a diferencia de lo que sucede en los países analizados precedentemente, se halla estructurado de manera independiente de los poderes del Estado, pero dentro de la estructura del Ministerio Público bajo el nombre de Ministerio Público de la Defensa. Dicha estructura se funda en el artículo 120° de la Constitución Nacional de la Nación Argentina¹⁴⁶ que establece que el Ministerio Público tiene por función el “promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, [y] los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades”.

Bajo dichas funciones la Ley 24.946, Ley Orgánica del Ministerio Público Argentino⁴⁴, en su artículo segundo establece que dicho ministerio está integrado por el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa, el último de los cuales tiene a cargo el servicio de Defensa Gratuita y que se halla organizado como un sistema de tipo mixto, pues contempla de un lado el servicio judicial o táctico a través de la asesoría y/o patrocinio de casos en todas las materias sin excepción.

Dicho sistema táctico se ejecuta a través de tres tipos de defensores: a) de los Defensores Oficiales ante la corte suprema de Justicia, quienes pueden reemplazar al Defensor General en las funciones que se les encomiende así como intervenir en las causas que este último les encargue; b) de los Defensores de Menores e Incapaces; c) Defensores Públicos Oficiales

⁴⁴ MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA – DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. ARGENTINA, pág. 4.

Adjuntos ante los Tribunales de Casación, de segunda instancia y de instancia única.

De otro lado, también contempla el servicio estratégico, fundado en lo establecido en el inciso e) del artículo 51 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que reconoce como deber y atribución del Defensor General de la Nación⁴⁵ el promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados. De este modo, existen una serie de programas y comisiones⁴⁶ organizadas dentro del Ministerio Público de la Defensa (comisión de cárceles, comisión de seguimiento del Tratamiento Institucional de Niños, Niñas y adolescentes, comisión para la asistencia integral y protección al refugiado y peticionante de refugio, comisión sobre temáticas de género, comisión del migrante, entre otras) orientadas hacia tal fin.

La Defensa Gratuita en Bolivia.

El servicio de Defensa Gratuita en Bolivia es uno de los más recientes en Latinoamérica, pues conforme lo reconoce dicho gobierno a través de la publicación que contiene la Ley del Servicio Plurinacional de Defensa Pública⁴⁷ la Constitución Boliviana de 1967 “no contemplaba garantías procesales como el derecho a la defensa y la presunción de inocencia”, sino hasta abril de 1993, en que dichos derechos fueron recién incorporados.

En ese sentido, el servicio de Defensa Gratuita Boliviano fue desarrollado como uno de tipo mixto, porque de un lado aplica el modelo judicial o táctico, con la finalidad de tutelar el derecho de defensa en materia penal de las personas denunciadas, imputadas o procesadas penalmente⁴⁸, ello en concordancia con lo establecido en el inciso II del artículo 115 de su Constitución Política que establece que el “Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a la justicia plural, pronta, gratuita, transparente

⁴⁵ Máxima autoridad del Ministerio Público de la Defensa. (MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA – DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN. óp. cit., pág. 35)

⁴⁶ MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA ARGENTINA. Consulta: 13 de abril de 2014. <<http://www.mpd.gov.ar/#>

⁴⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Ley N° 463 – Ley del Servicio Plurinacional de Defensa Pública. Enero 2014. Pág. 9. Consulta 15 de abril de 2014. <http://www.justicia.gob.bo/images/stories/pdf/ley_463_senadep.pdf>

⁴⁸ Artículo 1° de la Ley del Servicio Plurinacional de Defensa Pública. (En: MINISTERIO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA)

y sin dilaciones”, señalando adicionalmente en el inciso II del artículo 121 de la misma Constitución, que “la víctima en un proceso penal (...) en caso de no contar con los recursos económicos necesarios, deberá ser asistida gratuitamente por un abogado o abogada asignado por el Estado”.

De este modo el servicio de Defensa Gratuita en Bolivia se limita a las atenciones en materia penal en favor de los imputados, así como de víctimas de delitos violentos a través del Servicio estatal de atención y protección Integral de víctimas.⁴⁹

De otro lado, el Servicio de Defensa Gratuita Boliviano desarrolla de manera simultánea un sistema estratégico de defensa gratuita, el mismo que aunque no se halla expresamente recogido por la Ley del Servicio Plurinacional de Defensa Pública, constituye una parte de la política pública en acceso a la justicia, que se ejecuta a través de las Casas de la Justicia y de los Centros Integrados de Justicia por una Cultura de Paz⁵⁰. Dichos programas se fundan en lo establecido en el inciso primero del artículo 13 de la Constitución Boliviana que establece que “los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, individuales y progresivos teniendo el Estado el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”, y tienen por funciones el brindar los servicios de Conciliación, Orientación Jurídica, Patrocinio Legal y Asistencia Integral, entendida esta última como la asesoría en trámites extrajudiciales vinculados con las competencias de los programas citados.

De este modo, las Casas de la Justicia tienen por finalidad “viabilizar el acceso a la Justicia de los sectores más vulnerables de la sociedad boliviana”⁵¹ para lo cual tienen dentro de sus principales competencias: atender casos de naturaleza administrativa y judicial respecto a filiación, resolución alternativa de conflictos en el marco de los derechos humanos, garantías constitucionales de

⁴⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Servicio Estatal de Atención y Protección Integral a Víctimas. Consulta: 13 de abril de 2014. <<http://www.justicia.gob.bo/index.php/noticias/notas-de-prensa/80>>

⁵⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Servicios de las Casas de la Justicia y de los Centros Integrados de Justicia. Consulta: 13 de abril de 2014. <<http://www.justicia.gob.bo/index.php/noticias/notas-de-prensa/164>>

⁵¹ MINISTERIO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Servicios de las Casas de la Justicia y de los Centros Integrados de Justicia. Ob. Cit.

las personas, fortalecimiento de conocimientos en materia de Derechos Humanos y Garantías Constitucionales entre otros⁵².

Asimismo, los Centros Integrados de Justicia por una Cultura de Paz tienen por objetivo “procurar el respeto de los derechos fundamentales (...) a la población más distante” a través de la implementación de módulos con reparticiones de las instituciones vinculadas con el Sistema de Administración de Justicia (Juzgado de Instrucción Mixto, Ministerio Público y otras entidades del sector justicia), para lo cual tienen dentro de sus principales funciones: brindar información legal básica sobre trámites y procedimientos para el ejercicio de sus derechos fundamentales, difusión y educación sobre derechos entre otros⁵³

La Defensa Gratuita en Colombia.

A diferencia del servicio de Defensa Gratuita Boliviano, en Colombia dicho servicio ha experimentado diversos cambios a través del tiempo, pues conforme señala WILCHES⁵⁴ han existido experiencias al respecto desde 1964 con la llamada Defensa de Oficio (según el Código Penitenciario de la época), luego en 1987 dicha atribución fue transferida al Ministerio de Justicia de dicho país, para finalmente mediante Ley 24 de 1992 “reglamentar la labor de la defensoría del pueblo y su organización, estableciéndose que debería prestar servicios en las diversas áreas del derecho penal, civil, laboral, contencioso administrativo e incluso en asuntos extrajudiciales”.

De este modo, el Sistema Nacional de Defensoría Pública colombiana, a diferencia del modelo boliviano y el peruano que veremos más adelante, se halla estructurado como una Dirección Nacional dentro de la Defensoría del Pueblo de Colombia⁵⁵, lo que le permite convertirse en un sistema de Defensa Gratuita de tipo mixto, porque desarrolla tanto el modelo judicial o táctico, a través del patrocinio de casos en todas las materias como a través del modelo

⁵² Idem

⁵³ Idem

⁵⁴ WILCHES, Ricardo. Citado en: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Los Sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú. Un análisis comparado. Comisión Andina de Juristas. Octubre 1998. Lima – Perú, pág. 53

⁵⁵ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. Consulta: 13 de abril de 2014. <http://www.defensoria.org.co/red/index.php?_secc=04>

estratégico a cargo de las Defensorías Delegadas, las mismas que tienen a su cargo el estudio de la problemática de determinados sectores del aparato estatal como Salud y seguridad social, asuntos constitucionales y legales, política criminal y penitenciaria, etcétera.

Una característica peculiar del Sistema de Defensa Gratuita Colombiana es que dicho sistema, brinda sus servicios a través de dos⁵⁶ clases de defensores⁵⁷: de un lado, los defensores públicos constituidos por abogados especialistas en los temas que les son asignados; y de otro lado, estudiantes de derecho de los dos últimos años de la carrera que como parte de su formación deben brindar los mismos servicios de Defensoría Gratuita bajo la conducción de los Directores de la Defensoría Pública.

Adicionalmente al sistema judicial o táctico, al igual que el caso boliviano, Colombia también ha implementado, como parte de su política de alternatividad judicial⁵⁸ las denominadas Casas de Justicia como centros de prestación de servicios para la solución de controversias. Dichas Casas de Justicia⁵⁹ “son centros interinstitucionales de información, orientación y prestación de servicios de resolución de conflictos, donde se aplican y ejecutan mecanismos de justicia formal y alternativa”. Dichos programas fueron implementados como parte del Plan Colombia⁶⁰ “como una apuesta estratégica de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID)”.

La Defensa Gratuita en España.

El servicio de Defensa Gratuita en España se halla estructurado bajo el sistema judicial o táctico, que puede brindarse a través de los servicios de turno

⁵⁶ DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. Ley N° 941 de 2005 con Resoluciones y Circulares de la Dirección Nacional. Consulta: 15 de abril de 2014. <<http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/ley941.pdf>>, pág. 58

⁵⁷ COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Los Sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú. Un análisis comparado. Comisión Andina de Juristas. Octubre 1998. Lima – Perú, pág. 57.

⁵⁸ GARCÍA, Luisa Fernanda y CARVAJAL, Jorge Enrique en: AUTORES VARIOS. El acceso a la justicia entre el derecho formal y el derecho alternativo. Revista El otro Derecho. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá Colombia. Número 35. Diciembre 2006, pág.272

⁵⁹ CASAS DE JUSTICIA. Consulta: 13 de abril de 2014. <<http://www.casasdejusticia.gov.co/SitePages/inicio.aspx>>

⁶⁰ GARCÍA, Luisa Fernanda y CARVAJAL, Jorge Enrique. Ob. Cit., pág. 272

de oficio o de justicia gratuita. Conforme señala GUZMÁN⁶¹, aunque ambos servicios suelen ser confundidos con frecuencia, se trata de servicios completamente distintos pues el turno de oficio hace referencia a “los listados de los Letrados (“de oficio”) obrantes en cada Colegio de Abogados para atender a aquellos ciudadanos, con recursos o no, que requieran sus servicios, sin que ello implique necesariamente que su asistencia jurídica haya de ser gratuita”.

De este modo, los abogados integrantes del turno de oficio, son aquellos que se hallan inscritos en el Colegio de Abogados de una determinada circunscripción para brindar sus servicios profesionales a aquellas personas sometidas a cualquier jurisdicción (civil, penal, laboral, etcétera) y que no cuenten con un abogado o no tengan la posibilidad de encontrar uno. De este modo toda persona que requiera un abogado, tiene la posibilidad de contratar uno de su elección o un abogado del turno de oficio, este último que participara de manera gratuita si el usuario del servicio acredita insuficiencia de recursos para litigar, caso contrario se hallará obligado al pago de los honorarios profesionales del abogado del turno de oficio.

Dicha organización se funda en lo establecido en el artículo 119 de la Constitución Española que señala “la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y en todo caso respecto de quienes acrediten carecer de recursos para litigar”. Dicha disposición, ha sido comprendida bajo la perspectiva del inciso primero del artículo de la Constitución Española que establece que España “es un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia y la igualdad”, lo que permite colegir conforme señala GUZMÁN⁶², que el derecho de la justicia gratuita (defensa gratuita para nosotros) resulta “clave y esencial en la materialización de otros derechos constitucionales”.

⁶¹ GUZMÁN DE LÁZARO, Luis F. Nieto. Turno de Oficio y Justicia Gratuita. Editorial La Ley – Grupo Wolters Kluwer. España. Noviembre 2008, pág. 47.

⁶² GUZMÁN DE LÁZARO, Luis F. Nieto. óp. cit., pág. 50

La justicia gratuita en España puede administrarse de “forma diferente en función de la legislación aplicable por cada comunidad autónoma”⁶³, sin embargo, en atención al marco constitucional descrito todas las comunidades coinciden en la facultad de poder participar en el patrocinio y asesoría de todo tipo de procesos judiciales sin excepción por cuestiones de materia como sucede en el Perú conforme veremos más adelante.

La Defensa Gratuita en el Perú.

La Defensa Gratuita en el Perú no ha sido un tema que haya tenido gran debate, ni antes ni ahora, por lo que no siempre contó con reconocimiento legal y menos constitucional. En ese sentido, a continuación haremos un análisis que, sin ser exhaustivo, resume en gran medida el desarrollo normativo de dicha institución en nuestro país, el mismo que ha permitido que la Defensa Gratuita antes denominada Defensa de Pobres, luego llamada Defensa de Oficio y ahora Defensa Pública, evolucione conforme ya lo hemos referido líneas adelante.

2.15. La Defensa Pública.

No obstante existir en los últimos años un mayor nivel de conciencia sobre el estado crítico de los servicios de defensa pública de la región, pocas veces se ha considerado la incidencia de esta verdadera situación de quiebre en el marco del proceso penal, o atendido al diseño de alternativas superadoras de los propios modelos de servicio, que en general muestran una llamativa desconexión con las necesidades de la realidad⁶⁴

La defensa en sede judicial de los derechos asume una significación mayor, ya que su consagración supone el acceso a la justicia en sentido amplio; con lo que la cuestión de igualdad ante la ley se traduce necesariamente en una cuestión de igualdad ante la justicia. Todavía más; por su carácter de norma de operativización, constituye el mecanismo jurídico de

⁶³ CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. Consulta: 13 de abril de 2014. <<http://www.justiciagratis.es/pjg/home.do>>

⁶⁴ Para este aspecto, nos remontamos al trabajo que presenta doña María Fernanda López Puleio, en: LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, Justicia Penal y defensa pública, Defensa Pública, Revista Latinoamericana de política criminal, Buenos Aires –Argentina, Setiembre de 2002, s.s. 23 y s.s.

excepción para ejercitar todos los derechos y garantías en el marco del proceso penal. La historia del constitucionalismo es la historia de una progresiva expansión de la esfera pública de los derechos. Una historia no teórica, sino social y política, ya que todos esos derechos fueron conquistados por movimientos revolucionarios contra antiguos regímenes más o menos absolutistas⁶⁵.

Los derechos “nacen” cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, ligado al progreso, crea una nueva amenaza para la libertad del individuo, o provoca nuevas necesidades que buscan ser satisfechas. Entonces, aquella amenaza se contrarresta con limitaciones al poder en el primer caso, y con intervenciones protectivas en el segundo. A la primera amenaza corresponden los derechos de libertad o de un no hacer por parte del Estado; a la segunda un hacer positivo por parte del mismo⁶⁶.

Los derechos fundamentales se han afirmado siempre al hacerse patente una opresión o una discriminación que, en un cierto momento, se volvió intolerable. Y lo han hecho como ley del más débil, como alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia⁶⁷.

El sentido teleológico-social del proceso penal, según su formulación actual, hace intolerable la omisión de la defensa en juicio; así, el interés social de realización de la justicia impone, ante la falta de un defensor de confianza del imputado, el mandato al Juez para integrar y hacer actuar a la defensa pública⁶⁸.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi; *Garanzie*, en *Parolechiave* nro. 19, Ed. Donzelli, Roma, 1999, pág 27

⁶⁶ BOBBIO, Norberto; *L'età dei diritti*, Ed. Einaudi, Turín, 1990, págs. XV y XVI.

⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi; *op. cit.*, pág. 28; “Del más fuerte físicamente, como en el estado de naturaleza hobbesiano; del más fuerte políticamente, como en los regímenes absolutistas, clericales o policiales; del más fuerte económicamente, como en el mercado capitalista; del más fuerte militarmente, como en la comunidad internacional”.

⁶⁸ En palabras de Luigi FERRAJOLI; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1989, págs. 629 y 630: “Esta concepción del proceso como contienda...expresa los valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica...de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado”. “Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria...la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio”

Ahora, y como punto de partida, es importante que se tenga en cuenta que el hecho de que hablemos de un defensor “público”, no quiere significar –o no debería significar- que exista en relación a quienes ejercen la defensa “privada”, y más allá del mecanismo de asignación, alguna diferencia sustancial para el cumplimiento de la función técnica. Sin embargo, y lejos de la obviedad, la comprensión diversa de ambas situaciones (a veces legislativa, a veces jurisdiccional, a veces de superintendencia del servicio, a veces sugerida por los medios de comunicación), no ha hecho más que sumar otro sufrimiento al imputado. La reforma procesal penal iniciada en el último decenio en la mayoría de países latinoamericanos, puso su acento principal en el nuevo e importante rol del ministerio público fiscal⁶⁹.

Ahora bien, la circunstancia –que no por efectista deja de ser real- de que la defensa pública en estos mismos países deba cubrir elevados porcentajes de casos penales en relación a los totales tramitados, obliga también a evaluar la cuestión desde un ángulo diverso; si la titularidad que ejerce el ministerio público fiscal sobre la acción penal torna imprescindible, a fin de garantizar la síntesis de justicia y permitir la irrupción “no viciada” de la verdad material, la existencia de una contrafuerza como exigencia de equilibrio, no podrá afirmarse que existe “igualdad de armas” en el marco del proceso, cuando quien debe asumir la defensa técnica de una porción sustancial de casos, no cuenta con los elementos mínimos para asegurar el contradictorio exigido por el ordenamiento.

Por eso, y como bien señala Paolo Ferrua, la paradoja es esta: se percibe y se lamenta la carencia del contradictorio, pero se rechaza intervenir sobre las disposiciones que lo sacrifican. No es tanto la paridad sino el equilibrio lo que se está garantizado entre las partes, entendido como idoneidad de los poderes defensivos para contrabalancear aquellos de la acusación; y “la paridad que aquí tiene relieve, necesaria para salvaguardar el equilibrio, es aquella siempre

⁶⁹ En palabras de Luigi FERRAJOLI; *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1989, págs. 629 y 630: “Esta concepción del proceso como contienda...expresa los valores democráticos del respeto a la persona del imputado, la igualdad entre las partes contendientes y la necesidad práctica...de la refutación de la pretensión punitiva y de su exposición al control por parte del acusado”. “Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria...la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio”

descuidada, entre el imputado pobre y el imputado que puede retribuir al defensor”, tema sobre el cual se calla e, irónicamente, se oculta de manera inescrupulosa⁷⁰.

Piénsese en la notoria desigualdad que resultaría de un proceso penal donde el acusador público, representado por un abogado, tiene por contendiente a un imputado indigente que al ser pobre no puede nombrar abogado y entonces intenta representarse a sí mismo.

La circunstancia reseñada sobre el creciente nivel de cobertura de los servicios de Defensa Pública en la región, otorga un nuevo giro a la problemática de la misma administración de justicia. Por caso, cuando nuestros ordenamientos regulan en específico el instituto de la defensa técnica lo hacen pensando en la figura del defensor de confianza, lo que es lógico, porque la defensa pública sólo interviene en forma subsidiaria (“última reserva de la defensa”). Pero en algunos aspectos esos mismos ordenamientos, desconectados de la realidad de los tribunales, repiten esquemas jurídicos (vgr. en la forma de regulación de casos de renuncia-abandono de la defensa técnica) cuya solución normativa es insatisfactoria para la justicia en su conjunto.

Y es a través del principio de contradicción que se cumple con la estricta jurisdiccionalidad del juicio. La confrontación entre acusación y defensa está garantizada normativamente, además de por la separación entre juez y acusación, por el control y participación del acusado en la actividad de formación y discusión de las pruebas, que sólo pueden garantizarse mediante su defensa técnica (*nulla probatio sine defensione*)⁷¹.

Entonces, de poco sirve que los códigos mejoren la posición del imputado en aspectos determinados del proceso, con la consabida finalidad de instaurar una relación de equilibrio entre la eficacia de la persecución penal y el respeto

⁷⁰ FERRUA, Paolo; Studi sul Processo Penale, III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo, Ed. Giappichelli, Torino, 1998, págs. 103 y stes; quien enfatiza sobre “la ironía” del cual parte el análisis del derecho de defensa del imputado, que atiende sólo a la asimetría respecto a las funciones de la acusación.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi; op. cit., pág. 892

por las garantías que lo sustentan, si la pretendida igualdad de posiciones queda inoculizada ante la imposibilidad real de hacerla efectiva.

Y es claro que la legitimidad misma del contradictorio descansa en la necesaria paridad de los contradictores. En ese sentido, la relación con el grado de garantismo es decididamente alto si se atiende a los principios establecidos en las respectivas constituciones, mientras que desciende a niveles bajísimos si lo que se toma en consideración son sus prácticas efectivas. “Y mediremos la bondad de un sistema constitucional sobre todo por los mecanismos de invalidación y de reparación idóneos, en términos generales, para asegurar efectividad a los derechos normativamente proclamados: una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas –es decir, de garantías- que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”⁷². Las diversas normas de protección suelen referirse al derecho de defensa según su característica en una situación procesal de paridad con el acusador público, garantizándose el contradictorio de inviolable. Para el imputado ello supone, como contenido mínimo⁷³ el derecho a conocer en forma detallada la imputación en su contra; el de ser oído expresándose libremente sobre los extremos de aquella imputación; el de la existencia de necesaria correlación entre la imputación y el fallo; el de poder controlar la prueba de cargo, producir prueba de descargo, y valorar la prueba producida para obtener del tribunal una sentencia favorable; finalmente, el derecho a la asistencia jurídica letrada, todo a fin de encontrarse

⁷² La circunstancia de que el término “inviolable” deba necesariamente integrarse, ha provocado críticas en relación a su uso en las constituciones, si no va acompañado de las estructuras idóneas para la salvaguarda del derecho de defensa ni de las garantías que lo componen; ver en este sentido FERRUA, Paolo; op. cit., pág. 107

⁷³ El 23 de noviembre de 1999 se introdujo una importante modificación en la Constitución Italiana, al disponer su artículo 111 (sobre “Giusto processo”), que todo proceso se desarrolla según el contradictorio entre las partes “in condizioni di parità”, y que “En el proceso penal, la ley asegura que la persona acusada de un delito sea, en el tiempo más breve posible, informada en forma reservada de la naturaleza y de los motivos de la acusación elevada a su cargo; disponga del tiempo y de las condiciones necesarias para preparar su defensa; tenga la facultad, delante del juez, de interrogar o de hacer interrogar a las personas que realizan declaraciones de cargo, de obtener la convocatoria y el interrogatorio de personas en su defensa, en las mismas condiciones de la acusación y la adquisición de cualquier otro medio de prueba a su favor...el proceso penal es regulado por el principio del contradictorio en la formación de la prueba. La culpabilidad del imputado no puede ser probada sobre la base de declaraciones rendidas por quien, por libre elección, se ha sustraído voluntariamente al interrogatorio de parte del imputado o de su defensor. La ley regula los casos en los cuales la formación de la prueba no tiene lugar en contradictorio por consenso del imputado o por verificada imposibilidad de naturaleza objetiva o por efecto de probada conducta ilícita

en una situación procesal de paridad con el acusador público, garantizándose el contradictorio.

El derecho a la asistencia jurídica de un abogado, que tiene el imputado en causa penal, es omnicomprendiva de su derecho a contar con un defensor técnico que interviene en forma independiente en el proceso procurando a su favor⁷⁴. Por otra parte, la garantía es operativa desde el primer acto de la persecución penal dirigida en contra del imputado, y hasta su total separación del sistema penal de reacción, lo que incluye –claro está- el procedimiento de ejecución de la pena o de la medida de seguridad y corrección; esto exige una intervención activa del defensor técnico en todo acto o situación de donde pueda derivarse un perjuicio para el imputado.

Pero la vigencia de los distintos elementos que garantizan la defensa del acusado no puede resolverse mediante el solo enunciado de fórmulas genéricas. Los sistemas jurídicos no pueden comportarse como meras asignaciones de “gracias formales”; por eso, todo análisis del tema parte de un enunciado básico: el entendimiento de que no podrá considerarse satisfecha la “prestación” del servicio con la mera asignación formal de un abogado para asistir al imputado; antes bien, deberá atenderse a la forma y a los instrumentos de los que se vale el modelo de asistencia, para que aquella actuación en el marco del proceso penal, cumpla los requisitos de una defensa penal eficiente.

Entonces, el desempeño de los defensores públicos tiene relación directa con el derecho de igualdad ante la ley y ante la justicia; y el nivel de adecuación del sistema de defensa pública a las exigencias de la inviolabilidad del derecho de defensa, tendrá relación directa con el nivel de respeto al Estado de Derecho en la administración de justicia penal.

⁷⁴ KOSTORIS, Roberto E; *La rappresentanza del imputato*, Ed. Giuffrè, Milán, 1986, y en CARULLI, Nicola; *La difesa del imputato*, 4ta. Edición, Ed. Jovene, Napoli, 1985, las distintas acepciones de uso de los términos “defensa”, “asistencia” y “representación”, y las particularidades que presentan en el proceso penal.

2.16. La asistencia jurídica pública como fundamento del trabajo del defensor,

Según la caracterización realizada, los derechos fundamentales consisten en expectativas negativas o positivas, a las que corresponden igualmente prohibiciones (de lesión), u obligaciones (de prestación)⁷⁵. Es decir, los denominados derechos de libertad, que son derechos de, a los que corresponden prohibiciones (o deberes públicos de no hacer), por lo que se definen como derechos negativos (de dejar vivir y de dejar hacer); y los derechos sociales, que son derechos a, a los que corresponden obligaciones o prestaciones (o deberes públicos de hacer), por lo que se definen como derechos positivos. Entonces, la garantía es la prohibición (de lesión), u obligación (de prestación) correspondiente al derecho subjetivo; así, las garantías serán también positivas o negativas, según que resulte positiva o negativa la expectativa garantizada.⁷⁶

Las garantías primarias o sustanciales serían las garantías consistentes en las obligaciones o prestaciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. A su vez, garantías secundarias o jurisdiccionales, las exigidas a los órganos judiciales para aplicar la sanción o declarar la nulidad, al constatar en el primer caso, actos ilícitos; y en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos, y con ellos sus correspondientes garantías primarias.⁷⁷ Ahora, y en lo que aquí interesa, en tanto se hayan positivamente estipulado derechos, cualquier “defecto” en su garantía no puede hacer desaparecer el reconocimiento positivo de los primeros; y menos, quitarle implicancia a su afectación⁷⁸.

Por eso el sistema en su conjunto deberá atender a su efectividad primaria, en cuanto a la observancia de las normas (y garantías) primarias; y a

⁷⁵ LÓPEZ PULEIO, María Fernanda, Justicia Penal y defensa pública, Defensa Pública, Revista Latinoamericana de política criminal, Buenos Aires –Argentina, Setiembre de 2002, p.p. 28 s.s.

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi, Garanzie, cit., pág. 18

⁷⁷ Luigi FERRAJOLI, Luigi; Derechos y Garantías, cit. pág. 43

⁷⁸ Frente a la tesis de “confusión” entre derechos y garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, se sostiene la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de la garantía equivale a una inobservancia de los derechos estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por vía legislativa. Lo dicho tiene especial implicancia para el aseguramiento de derechos sociales. Ver FERRAJOLI, Luigi; op. cit., pág. 43.

una efectividad secundaria o jurisdiccional⁷⁹, a propósito de la puesta en funcionamiento de los mecanismos de invalidación procesal, y en nuestro caso particular, para los mecanismos procesales previstos ante situaciones de indefensión.

Lo anterior, deriva en que el deber de proveer de asistencia técnica letrada eficiente a los imputados en causa penal, representaría así una garantía primaria o sustancial, en tanto permite ejercer en su integridad el “derecho de” defensa penal, del cual es parte integrante el “derecho a” la asistencia letrada. Ahora, ¿cómo se define este derecho a la asistencia jurídica eficiente en causa penal? ¿De qué mecanismos se vale para su efectivización? Si se toma como un criterio definidor del tipo de derecho el contenido de la obligación que entraña, en los derechos civiles o individuales el contenido de la obligación consistirá en un “no hacer nada” que comprometa el ejercicio de la libertad o el ámbito de inmunidad garantizado; en cambio en los derechos sociales el contenido de la obligación, al ser de carácter positivo, consistirá -en general- en brindar una “prestación” (bienes o servicios)⁸⁰.

Y entre los derechos prestacionales en sentido amplio, según la definición de Robert Alexy⁸¹, (y aunque no siempre a todos se los califique como “sociales”) es factible ubicar a los derechos que implican “prestaciones jurídicas”, como los derechos de protección, organización y procedimiento. ¿En qué medida la igualdad material puede habilitar pretensiones concretas e inmediatamente exigibles? ¿Pueden las exigencias de igualdad sustancial fundamentar una posición análoga a las que proporcionan las exigencias de igualdad formal?.

La igualdad formal opera de una manera muy diversa a como lo hace la igualdad material. Ello porque la primera se traduce en una exigencia negativa que se acomoda bien a la propia naturaleza del tribunal; ya que cuando éste declara que una ley o sentencia viola la igualdad ante la ley, sólo desempeña

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Garanzie*, cit., pág. 18.

⁸⁰ PIETRO SANCHÍS, Luis; *Los derechos sociales y el principio de igualdad*; en CARBONELL, Miguel; CRUZ PARCERO, Juan A.; VÁZQUEZ, Rodolfo (compiladores); *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pág. 21

⁸¹ ALEXY, Robert; *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de E. Garzón Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, págs. 435 y sgtes. 22.

una función de anulación o supresión y depuración del ordenamiento, pero reconocer que alguien tiene derecho a una prestación porque así lo exige la igualdad material, implica una tarea positiva donde el tribunal debe crear la norma que vincule determinada prestación con cierta posición de hecho⁸²; y además, no siempre alcanza resultados concretos en el ámbito judicial, porque el Juez suele carecer de los instrumentos para efectivizarla. Pero “cuando una pretensión de igualdad sustancial concurre con otro derecho fundamental, aun cuando no sea de naturaleza prestacional... las pretensiones de igualdad material puedan formularse como posiciones subjetivas amparadas por el derecho fundamental”⁸³.

Y esto ocurre cuando el cumplimiento de una garantía genera una exigencia de igualdad material traducible en una prestación: es exactamente lo que ocurre con el derecho de defensa efectiva y la necesaria asistencia de un letrado en causa penal. La naturaleza especial del derecho de defensa penal y su contenido complejo no pueden hacer olvidar que, en tanto derecho fundamental -y considerado en relación a su ejercicio inviolable-, consiste en toda posibilidad que tiene el imputado de alegar y aún acreditar cualquier circunstancia que pueda alterar o excluir su eventual responsabilidad penal. Entonces, en cuanto protección de esa inviolabilidad es un “derecho de” al que corresponde igualmente la prohibición de su lesión.

Pero ahora, si se considera como un elemento fundamental de su propia inviolabilidad la expectativa del imputado de contar con una asistencia técnica efectiva (“derecho a”; al que corresponde una obligación de prestación –deber público de hacer), entonces el deber del Estado de garantizar esa asistencia letrada efectiva en el proceso penal, es una obligación positiva, pero para los fines, o integrada a una obligación negativa (no violación del derecho de defensa). La definición no carece de implicancias; porque cuando el Estado no puede asegurar o garantizar una prestación eficiente del servicio público de defensa penal, se estará violando directamente el derecho de defensa del

⁸² Conf. PIETRO SANCHÍS, Luis; op. cit., pág. 41.

⁸³ PIETRO SANCHÍS, Luis; op. cit., pág. 40

imputado en el proceso penal⁸⁴, por lo que deberán activarse los mecanismos previstos en el propio ordenamiento adjetivo para remediar la situación; no pudiendo argumentarse ante cualquier falencia en el cumplimiento efectivo de la función a cargo del defensor público asignado, que la situación es ajena al ámbito de contralor y decisión jurisdiccional.

La preocupación por poner el acento en la necesaria efectivización del derecho de defensa, ha derivado en que algunos autores prefieran conceptualizar a la defensa en juicio a partir de su función como garantía constitucional⁸⁵. Pero una cosa son los derechos y otros los mecanismos utilizados para su protección. Como se anotó, lo importante -en todo caso es que en todo análisis de la estructura dogmática del derecho de defensa se enfatice sobre la necesidad de su protección y tutela; y la distinción entre derechos y garantías adquiere relevancia, sobre todo, ante la ausencia o deficiencia de estas últimas.

Presupuestos de intervención del defensor público Una primera y elemental cuestión de igualdad sustancial, es la que fundamenta la obligación de asistencia técnica a favor de quien, imputado en causa penal, no tenga posibilidades de designar un defensor “de confianza”. Pero en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, la irrupción del defensor público (independiente de su gratuidad o no), se produce ante cualquier situación de carencia de defensor particular, (salvo los casos de autodefensa permitidos por el Juez, en tanto no violen su defensa eficaz). Así señala el art. 8.2.e) de la CADH; “Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

Entonces el Juez debe “integrar” la defensa, proveyendo un defensor oficial no sólo en los casos en los que el imputado por obstáculos económicos o de cualquier otra índole no ha podido hacer uso de su derecho a la elección

⁸⁴ PECES-BARBA, Gregorio; Derechos Fundamentales, Ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980, págs. 104 y 105

⁸⁵ CAROCCA PÉREZ, Alex; Garantía constitucional de la defensa procesal, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 53 y sgtes

de un defensor de confianza, sino también en los casos en que directamente no lo ha designado; o que habiendo ya tenido un abogado particular, éste renuncia o abandona a su asistido. Se incluyen a la vez, los casos de presentaciones de los imputados denominadas por la doctrina y jurisprudencia “in forma pauperis”.

2.17. La figura del Defensor Público.

En este punto nos resulta importante señalar lo apuntado por la profesora María López⁸⁶, pues, con la reforma al reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el año 2009⁸⁷, se buscó dotar de mayor protagonismo al litigio entre víctimas y el Estado demandado, reservando a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión) el lugar de órgano del sistema interamericano. Esto implicó modificaciones en sus atribuciones respecto a la formación de la prueba y al propio inicio del procedimiento ante la Corte IDH: éste ya no comienza con una demanda de la Comisión, sino con la remisión de su informe de fondo previsto en el artículo 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

Señala que el nuevo esquema cobra relevancia la representación de las víctimas por parte de un abogado. Tanto más, si no tiene la posibilidad de nombrar ninguno. El artículo 2.11 del reglamento de la Corte IDH define al defensor interamericano como “la persona que designe la Corte para que asuma la representación legal de una presunta víctima que no ha designado un defensor por sí misma”.

A su vez, el artículo 37 especifica:

“[e]n casos de presuntas víctimas sin representación legal debidamente acreditada, el tribunal podrá designar un defensor interamericano de oficio que las represente durante la tramitación del caso”.

⁸⁶ FERNÁNDEZ PULEIO, María Fernanda. La puesta en escena del defensor público interamericano, Anuario de Derechos Humanos, CIDH, N° 09, Año 2013, p. 127, s.s.

⁸⁷ Reforma que la Corte sometió a un proceso participativo de consulta y se realizó por fases. Fue aprobada por la Corte IDH en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones, del 16 al 28 de noviembre de 2009. Ver Reglamento [en línea] [consulta: 24 enero 2013].

Indica que si bien el término “podrá” habilita una respuesta final de la Corte que considere las particularidades de cada caso –donde seguramente meritara la situación especial y de contexto de las presuntas víctimas, sus posibilidades de autodefensa y los derechos que se encuentran en juego– surge evidente que el establecimiento de esta figura persigue potenciar el derecho de defensa técnica de quienes llegan a esta instancia, como una elemental exigencia de igualdad y paridad entre contradictores, efectivizando el acceso a la justicia en un sentido amplio. Además, hay que considerar que eso suele ocurrir luego de un largo proceso ante la Comisión, trámite en el que probablemente no se contó con la asistencia y representación de un abogado.

Esa idea se trasluce en la “Exposición de Motivos de la Reforma Reglamentaria”, que al referirse al defensor interamericano señala: De esta manera, se garantiza que toda presunta víctima tenga un abogado que haga valer sus intereses ante la Corte y se evita que las razones económicas impidan contar con representación legal. Por otro lado, se evita que la Comisión tenga una posición dual ante la Corte, de representante de víctimas y de órgano del sistema⁸⁸.

De todas maneras, la fórmula omnicomprendiva del artículo 37 del reglamento de la Corte IDH expande la intervención del defensor interamericano más allá de los casos de pobreza. El reglamento no contiene criterios objetivos que tornen exigible la actuación del defensor público ni echa mano a fórmulas laxas utilizadas por el derecho internacional de los derechos humanos como la del “interés de la justicia”⁸⁹ que hace depender su intervención de una mayor discrecionalidad judicial que la establecida, por ejemplo, en el artículo 8.2.e) de la CADH⁹⁰.

La relación entre la falta de recursos económicos y la imposibilidad de contar con abogados, había ya merecido la atención de la Corte Interamericana

⁸⁸ OEA. Exposición de Motivos de la Reforma Reglamentaria, p. 3. [en línea] [consulta: 24 enero 2013].

⁸⁹ artículo 14.3.d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y artículo 6.3.c) de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia no siempre homogénea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos evalúan el “interés de la justicia” en relación con la gravedad del delito, la complejidad del caso, las circunstancias del proceso y la situación personal del imputado

⁹⁰ En tanto establece el “Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado [...] si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley”.

en sus primeros años, en su Opinión Consultiva No. 11/90⁹¹. Allí estableció que el artículo 8 de la CADH exige asistencia legal cuando ésta es necesaria para hablar de debidas garantías, aplicándose también a los procesos no penales, así “[...]las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso” y “[...]naturalmente que no es la ausencia de asistencia legal lo único que puede impedir que un indigente agote los recursos internos. Puede suceder, incluso, que el Estado provea asistencia legal gratuita, pero no los costos que sean necesarios para que el proceso sea el debido que ordena el artículo 8[...]”.

Entonces, es la Corte IDH la que decide e integra la actuación del defensor interamericano; y a la presunta víctima que llegue ante esa instancia sin abogado, corresponderá hacerle saber la previsión del artículo 37 para que pueda ejercitarla. En verdad, no parece una respuesta esperada que la Corte IDH imponga la actuación de un defensor interamericano en contra de la voluntad expresa de la víctima, tendencia creciente de los tribunales penales internacionales al limitar las posibilidades de autodefensa. A estos efectos, hay que tener en cuenta que el procedimiento ante la Corte Interamericana dista de asemejarse a un proceso penal, aunque sus facultades oficiosas son de gran amplitud, y en ellas se basa la flexibilidad que distingue el procedimiento, por lo que se deberá prestar atención a la casuística que pueda presentarse.

Justamente, el primer caso de aplicación de la figura del artículo 37 fue el de *Furlan y Familiares vs. Argentina*⁹², donde fui designada para intervenir como defensora interamericana conjuntamente con Andrés Mariño López (Uruguay). Cuando la Secretaría, por disposición del Presidente, hizo saber a las presuntas víctimas cuyo trámite en la Comisión, de casi diez años, no había contado con la asistencia de un abogado— el contenido de la previsión

⁹¹ Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b), Opinión Consultiva OC11/90 de 10 de agosto de 1990, Serie A No. 11. En ésta se señala que si razones de indigencia o el temor generalizado de abogados para representar un caso impiden utilizar los recursos internos, su agotamiento no puede ser exigido ante la Comisión

⁹² Ver el artículo 36 del Reglamento de procedimiento de la Corte Europea, septiembre de 2012. [en línea] [consulta: 25 enero 2013].

reglamentaria, les aclaró que no era obligatoria, por lo que podían abstenerse de nombrar a un abogado y en cambio ejercer su propia representación.

Diferente es el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos (ECHR por sus siglas en inglés) –donde el acceso a esta instancia ya no se encuentra mediatizado por una Comisión– que permite la presentación directa del recurrente, tanto personalmente como por medio de representante, pero una vez que la presentación es notificada a la contraparte, la persona debe ser representada por un abogado, salvo disposición en contrario del Presidente que lo autorice a su autodefensa⁹³. Si bien los artículos 101 y siguientes de su Reglamento de procedimiento prevén la concesión de asistencia jurídica cuando sea necesaria para la buena conducción del procedimiento y el interesado no disponga de medios suficientes, ello no incluye la provisión directa de abogado por parte del ECHR, sino el reintegro de honorarios y gastos efectuados.

En el ámbito interamericano ocurrió una circunstancia particular en el caso *Mohamed vs Argentina*, el segundo representado por defensores interamericanos. Cuando su sometimiento ya había sido notificado al abogado de la presunta víctima, el señor Mohamed comunica a la Corte que su representante había fallecido, solicitando la designación de un defensor interamericano. Lo cierto es que el “escrito de solicitudes, argumentos y pruebas” (ESAP) ya había sido recibido en la Secretaría de la Corte, aparentemente con la firma del abogado, cinco días después del fallecimiento y doce antes del vencimiento del plazo para presentarlo. La Corte resuelve tener por no presentado este escrito y provee la designación de un defensor interamericano, estableciendo que el plazo improrrogable de dos meses para la presentación del ESAP vuelva a computarse con el nuevo representante, lo mismo para el plazo de la contestación del Estado, una vez notificado del

⁹³ Sin embargo, la asistencia jurídica no está prevista para la presentación inicial, ya que no requiere abogado, pero la reforma reglamentaria del Protocolo 14 que había entrado en vigencia en abril de 2011 permitió dictar decisiones de inadmisión por el juez único cuando no se requiera examen más profundo y sin mayor motivación. Teniendo en vista el crecimiento exponencial de las demandas a la ECHR, se observa que en 2011 se rechazaron 46.000 demandas y al 31/12/2011 se encontraban pendientes de tramitación 151.624 asuntos; las estadísticas pueden consultarse [en línea] [consulta: 25 enero 2013].

nuevo ESAP⁹⁴. Resoluciones como la apuntada permiten así avizorar que la Corte Interamericana tendrá una recepción amplia ante solicitudes de asignación del defensor interamericano.

2.18. Principales desafíos de la defensoría pública interamericana.

Según la profesora López Puleio⁹⁵ señala que pueden avizorarse algunos de sus principales desafíos: (i) Resulta imprescindible que la defensoría interamericana establecida ante la Corte IDH asuma también intervención ante la instancia de la Comisión Interamericana. Ello por razones diversas. Los casos que la Comisión somete a la Corte y que no cuentan y probablemente no han contado nunca con abogados en su largo periplo en Washington, son asumidos por representantes que en el plazo letal de 2 meses deben reconstituir el caso desde la visión de la víctima –y no desde el orden público interamericano– para la presentación del ESAP; requiriendo medidas de prueba que al no haber sido practicadas oportunamente pueden ser de cumplimiento imposible o inocuo.

Pero además, la falta de representación legal especializada con conocimiento de las regulaciones y prácticas del país que se trate tendrá incidencia negativa para la elaboración por parte de la Comisión del Informe de Fondo del artículo 50 convencional, que es el sustrato fáctico (y de determinación de “presuntas víctimas”) sobre el cual gira todo el procedimiento ante la Corte y al que se deberá ceñir toda actuación del defensor. Como afirma un interesante estudio a base de estadísticas, “una representación legal especializada desde el procedimiento ante la Comisión asegura una mayor probabilidad de que el caso sea conocido por la Corte y en menor tiempo”⁹⁶. Los casos en la Corte son ínfimos en relación a los cuantiosos ante la Comisión, por eso se impone ofrecérsele al peticionario que se encuentra en condición de vulnerabilidad, la posibilidad de nombrar a un abogado gratuito si

⁹⁴ Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C No. 255, párrs. 4-8

⁹⁵ López Puleio, María Fernanda, Ob. Cit. p.p.135 s.s.

⁹⁶ Centro de Derechos Humanos. Acceso a la Justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Transparencia y Representación Legal. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012, p. 68.

su caso tiene posibilidades de progresar, pero esas posibilidades son inversamente proporcionales a las de conseguir un abogado.

En ese sentido, el 8 de marzo de 2013 la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, a través de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la AIDEF, suscribieron un Acuerdo de Entendimiento para la “promoción de la defensa pública interamericana para presuntas víctimas cuyos casos se encuentren en la etapa de fondo ante la CIDH, que no cuenten con representación legal ante la CIDH y carezcan de recursos económicos suficientes para ello”⁹⁷ (cláusula primera). Obsérvese que a diferencia del Acuerdo suscrito entre AIDEF y la Corte IDH, aquí ya no se utiliza la conjunción disyuntiva “o”, sino la conjunción copulativa “y”, sumando la falta de recursos; lo que tendrá implicancias limitativas para la asunción de casos por parte de los defensores interamericanos.

Pero la diferencia sustancial entre ambos acuerdos es que en el suscrito con la Comisión la AIDEF sólo asignará un/a defensor/a interamericano/a si el caso responde a los “criterios de selección” establecidos de manera primordial. A saber: (i) complejidad para la presunta víctima o que se refiera a materias novedosas para la protección de derechos humanos en la región, (ii) casos que involucren violaciones de derechos a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías y protección judiciales, entre otras y (iii) respecto de presuntas víctimas que pertenezcan a grupos en situación de vulnerabilidad (cláusulas segunda y cuarta).

Respecto de la cobertura de gastos que irroque la representación, las disposiciones muestran similitud con lo previsto en la actuación ante la Corte IDH. El Fondo de Asistencia Legal del sistema interamericano de derechos humanos de la Comisión solventará los gastos de tramitación, en tanto resulten razonables, necesarios y sujeto a disponibilidad de recursos (cláusula quinta). Esta misma disposición insta al uso de tecnologías, como la realización de videoconferencias para las audiencias, tanto más, considerando la abrumadora

⁹⁷ Acuerdo de entendimiento entre la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, a través de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la AIDEF. [en línea] [consulta: 30 enero 2013].

cantidad de casos en trámite ante la Comisión, y que –por lo menos– la mitad de los que alcanzan la declaración de admisibilidad, no cuentan con representación legal⁹⁸.

2.19. La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz.

La normativa internacional de protección de los derechos humanos, en íntima conexión con la interpretación amplia que al respecto han realizado los órganos internacionales de derechos humanos, exige que a toda persona sometida a un proceso que involucre determinación de derechos y obligaciones –sea aquel de índole penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter– se le respeten las garantías del debido proceso legal. Entre ellas, el derecho a contar con la asistencia de un defensor reviste una particular importancia, en la medida en que se visibiliza como un componente crucial de un sistema de administración de justicia eficiente e imparcial, contribuye a eliminar los obstáculos que restrinjan o impidan el acceso a la justicia y se erige como una garantía necesaria para el ejercicio de otros derechos humanos, como ser el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la libertad y seguridad personales, el derecho a la igualdad ante los tribunales y a un juicio imparcial, lo que permite generar confianza en el sistema de judicial.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención” o “la CADH”) valora de tal forma el derecho a la asistencia técnica que en el propio texto del artículo 8, inciso 2, numeral e) se establece que si el inculpado no se defiende por sí mismo ni nombra un defensor de su confianza, es el propio Estado quien debe proporcionarle de manera irrenunciable la asistencia de un defensor. Tan relevante es el derecho a la defensa técnica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que los órganos de aplicación de los tratados han sostenido que no alcanza con que los Estados provean formalmente de un defensor, sino que han exigido además que su intervención en el proceso sea eficaz, de manera que la mera presencia del defensor no alcanzará para asegurar el debido proceso legal, sino que su

⁹⁸ Ver, Centro de Derechos Humanos. Acceso a la Justicia... op. cit. Las estadísticas diferenciadas de casos en trámite ante la Comisión, pueden verse [en línea] [consulta: 30 enero 2013].

actuación deberá satisfacer estrictos estándares de efectividad. Sin lugar a dudas, el desafío hoy en día no es tanto la estandarización normativa de este derecho, sino tornar operativos los postulados consagrados y la remoción de obstáculos que impiden o restringen el acceso a la justicia⁹⁹ (López Puleio 2002: 39).

Si bien en nuestro continente se observa cierto consenso sobre la necesidad de garantizar una defensa igualitaria de derechos y la relevancia de la prestación de servicios de defensa públicos, aún persiste cierta reticencia a debatir críticamente, a la luz de los estándares internacionales, no solo sobre el contenido específico que deben reunir los sistemas de defensa pública, sino fundamentalmente en qué estructura estatal deben enmarcarse. En este contexto, este artículo concentrará su atención en explicar y brindar las razones por las cuales la naturaleza autónoma de todo servicio de Defensa Pública oficial debe inferirse directamente del derecho a la defensa técnica eficaz consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.20. Diez principios rectores de sistemas de provisión de servicios de defensa pública.¹⁰⁰

El Comité de Ayuda Legal y Defendidos Indigentes de la ABA¹⁰¹ brindó asistencia técnica en 50 estados a responsables de colegios de abogados, legisladores y otros interesados en mejorar los servicios de defensa pública.

A partir de ello advirtieron que en general las personas que tenían la responsabilidad de establecer o mejorar los sistemas de provisión de servicios de defensa pública no eran abogados y tenían poco a ningún conocimiento en el área de servicios de defensa criminal.

⁹⁹ López Puleio, María Fernanda. "Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente". Revista latinoamericana de política criminal. Pena y Estado. La defensa pública, 2002, p.p 5.

¹⁰⁰ MANES, Silvia, Diez principios rectores de sistemas de provisión de servicios de defensa pública en Estados Unidos de América, En Revista latinoamericana de política criminal. Pena y Estado. La defensa pública, Buenos Aires –Argentina ,2002, p.p 5.

¹⁰¹ El Acta Modelo de Defensa Pública fue aprobada en La Conferencia Nacional de Comisionados en leyes estatales uniformes que se reunió en 1970. La finalidad de este Acta fue doble: actualizar y reafirmar las garantías previstas por el Acta Modelo de Defensa de Personas Necesitadas aprobada en el año 1966 y aconsejar a los estados sistemas de defensa (conforme Nota preliminar del Acta Modelo de Defensa Pública).

No había entonces ninguna duda que quienes estaban tomando estas importantes decisiones bajo tan grandes restricciones temporales necesitaban una guía confiable. SCLAID recibió numerosos pedidos para que las políticas de la ABA fueran escritas y dirigidas a oficiales de gobierno y otros responsables de diseñar sistemas de provisión de defensa pública, ya que las políticas corrientes de la ABA (plasmadas en forma de numerosos conjuntos de estándares para la justicia criminal) no satisfacían las necesidades particulares, tal como se reseñó.

El 5 de febrero del 2002 el SCLAID de la ABA recomendó la adopción o ratificación de “Los Diez Principios” a fin de garantizar sistemas de provisión de servicios de defensa pública eficientes, efectivos y de alta calidad para personas acusadas de delitos que no pueden afrontar la contratación de un abogado particular. Así también satisfacen la necesidad de comunicar los más importantes estándares en los que debe asentarse un sistema de provisión de servicios de defensa pública. Ellos proveen nuevas políticas dirigidas específicamente a los diseñadores de sistemas de prestación de servicios de defensa pública, otorgándoles la guía clara y concisa que necesitan para llevar a cabo su tarea. Constituyen de esa manera, una guía práctica para oficiales de gobierno, diseñadores de políticas y otras partes encargadas de crear y fundar nuevos sistemas o mejorar los existentes mediante los cuales los servicios de defensa públicas son prestados en sus jurisdicciones¹⁰².

Los encargados del diseño de estas políticas en general no son abogados, por lo que no se encuentran familiarizados con el entramado legal sobre defensa criminal, incluyendo una multitud de estándares nacionales sobre la discusión de lo que constituye una representación legal de calidad para acusados en causas criminales. “Los Diez Principios rectores de un sistema de provisión servicios de defensa pública” llenan esta necesidad, representan un esfuerzo de la ABA al seleccionar los estándares y compilarlos de modo conciso y fácilmente comprensible, incluyendo sólo aquellos criterios

¹⁰² “Los diez Principios” están basados en un trabajo titulado “Las diez Directrices de sistemas de prestación de servicio de Defensa Pública” escrito por James R. Neuhard, Director de la Oficina de Defensores de Apelaciones del Estado de Michigan y miembro fundador del Comité de Defendidos Indigentes de la ABA (SCLAID), y por Scott Wallace, Director de Servicios de Defensa Legal de la Asociación Nacional de Defensores y Ayuda legal.

fundamentales que son absolutamente cruciales para ser seguidos por los responsables de diseñar sistemas, de modo tal garantizar una representación efectiva, eficiente, de alta calidad, ética, libre de conflictos para acusados criminales que no pueden afrontar la contratación de un abogado.

Estos principios, en particular, proclaman la independencia de los sistemas de defensa, a fin de evitar influencias políticas; prevé la existencia de sistemas mixtos para evitar que la sobrecarga de trabajo afecte la calidad del servicio; asegura la intervención inmediata del abogado defensor desde el primer momento de la acusación y la comunicación defensor/defendido en lugares adecuados y con suficiente tiempo; garantiza el control del volumen de casos y la asignación de éstos conforme la capacidad del defensor de modo tal de no afectar la calidad del servicio; aconseja la unidad y continuidad de la defensa hasta la finalización del caso; garantiza la igualdad de armas de las partes y la jerarquización de la defensa en el sistema de justicia; finalmente reconoce la necesidad de capacitación permanente de los defensores, como también de supervisión y contralor para asegurar la calidad y eficiencia del servicio.

Estos principios rectores son:

1. La función de la defensa pública, incluyendo la selección, provisión de fondos y pago del abogado¹⁰³ defensor, es independiente.

La función de la defensa pública debería ser independiente de influencias políticas y sujetas a supervisión judicial sólo de la misma manera y con la misma extensión que la de un defensor particular¹⁰⁴. Para asegurar independencia y

¹⁰³ “Abogado” es usado a partir de aquí como defensor de oficio, un abogado defensor en casos criminales, un abogado de planta, un abogado contratado o un abogado privado aceptando designaciones. “Defensa” es usado a partir de ahora en referencia a sistemas de defensa pública de adultos y juveniles.

¹⁰⁴ Comisión Nacional Asesora sobre Estándares de Justicia Criminal, Capítulo 13, La Defensa (1973) [a partir de ahora “NAC”], Estándares 13.8, 13.9; Comisión Nacional de estudio sobre servicios de Defensa, Lineamientos para Sistemas de Defensa Legal en Estados Unidos (1976) [a partir de ahora “NSC”], Lineamientos 2.8, 2.18, 5.13; American Bar Association, Estándares para la Justicia Criminal, Proveyendo Servicios de Defensa (3ª. ed. 1992) [a partir de ahora “ABA”], Estándares 5-1.3, 5-1.6, 5-4.1; Estándares para la Administración de sistemas de asignación de abogados (NLADA 1989) [a partir de ahora “Abogados asignados”], Estándares 2.2; NLADA Lineamientos para

promover eficiencia y calidad del servicio una comisión imparcial podría supervisar al defensor, al abogado asignado o al contratado.

Quitando el control del ámbito judicial se asegura independencia de indebidas presiones políticas y es un importante instrumento de independencia de la defensa pública.

La selección del jefe de los defensores y el plantel debería hacerse sobre bases de mérito y el reclutamiento de abogados debería comprometer especiales esfuerzos tendientes a lograr la diversidad en el plantel de abogados.

2. Donde la cantidad de casos es suficientemente elevada, la prestación de un sistema de defensa debe constar de una oficina de defensa pública y la activa participación del colegio de abogados.

La participación del colegio de abogados deberá incluir defensores por horas, un plan de asignación controlada de asistentes legales o contratos por servicios. El proceso de designación nunca debería ser ad hoc, pero debería ser de acuerdo a un plan coordinado, dirigido por un administrador full time quien debería ser también un abogado familiarizado con los distintos requerimientos de la práctica en la jurisdicción.

Desde que la responsabilidad de proveer servicios de defensa incumbe al Estado, debería haber provisión de fondos y una estructura a través de todo el estado, responsable de asegurar una calidad de defensa uniforme en todos lados.

Negociación y adjudicación de Contratos para Sistemas de Defensa en casos Criminales (1984) a partir de ahora "Contratación", Lineamientos II-1,2; Conferencia Nacional de Comisionados sobre leyes estatales Uniformes, Modelo de Acta de Defensor Público (1970), a partir de ahora "Acta Modelo", pto.10(d); Instituto para Administración Judicial/ABA, Estándares de Justicia Juvenil relativos a abogados para partes particulares (1979), a partir de ahora "ABA Abogados para partes privadas", Estándar 2.1(D)

- 3. Los defendidos están protegidos de ser seleccionados y el abogado defensor es asignado y notificado de la designación tan rápido como sea conveniente, después que el cliente sea arrestado, detenido o requiera un abogado.**

El asistente legal debe ser notificado sobre arresto, detención o requerimiento y usualmente dentro de las 24 horas.

- 4. El abogado defensor debe estar provisto de suficiente tiempo y un espacio confidencial donde encontrarse con su cliente.**

El abogado debería entrevistar al cliente tan rápido como sea posible antes de la audiencia preliminar o del día del juicio. El abogado debería tener acceso confidencial al cliente para un completo intercambio legal, procesal y de información de los hechos entre abogado y cliente.

Para asegurar comunicaciones confidenciales, los encuentros privados deberían ser posibles en cárceles, prisiones, cortes y otros lugares donde los defendidos deben conferenciar con su abogado.

- 5. El volumen de trabajo del abogado defensor debe ser controlado para permitir el desempeño de una representación de calidad.**

El volumen de trabajo del abogado, incluyendo la designación, no debería ser tan grande como para interferir en el desempeño de una representación de calidad o que lo llevara a la infracción de obligaciones éticas, y el abogado está obligado a declinar designaciones bajo tales niveles.

Estándares nacionales sobre volumen de casos no deberían ser sobrepasados en ningún caso siendo el concepto de

volumen de trabajo (v.g. volumen de casos ajustados por factores como complejidad, servicios de apoyo y otras obligaciones ajenas a la representación) la medida más precisa.

6. La habilidad, entrenamiento y experiencia del abogado defensor deber ser acorde a la complejidad del caso.

Un abogado nunca debe ser asignado a un caso si le falta experiencia para llevarlo adelante competentemente, y el abogado está obligado a rechazar la designación si no es capaz de proveer representación ética y de alta calidad.

7. El mismo abogado sin solución de continuidad debe representar al cliente hasta la finalización del caso.

Generalmente referida como una “representación vertical”, el mismo abogado debería continuamente representar al cliente desde la asignación inicial hasta el juicio y la sentencia. El abogado asignado para la apelación directa debería representar al cliente en toda la apelación directa.

8. Debe haber paridad entre el abogado defensor y la fiscalía con respecto al procedimiento y el abogado defensor debe ser incluido como una parte igual en el sistema de justicia.

Debería haber paridad de volumen de trabajo, salarios y otros recursos (como beneficios, tecnología, facilidades, investigación legal, colaboradores, investigadores, acceso a servicios forenses y de expertos) entre la fiscalía y la defensa pública.

Los defensores asignados cobran un honorario razonable, además de los actuales gastos y costos gerenciales. Contratos con abogados privados para servicios de defensa pública nunca deberían ser dejados en los costos básicos. Ellos

deberían especificar los requerimientos para el desempeño y el volumen de trabajo por anticipado, proveer a un mecanismo de sobrante o de recaudación de fondos para casos complejos o inusuales, y separadamente fondos para expertos, investigadores y otros servicios de ayuda.

Ninguna parte del sistema de justicia debería ser agrandada o incrementado el volumen de trabajo sin considerar al impacto que la expansión tendrá sobre el equilibrio y otros componentes del sistema de justicia. La defensa pública debería participar como una parte equitativa en el mejoramiento del sistema de justicia. Este principio da por sentado que así como el procurador es adecuadamente provisto de fondos y apoyado en todo concepto, la garantizada paridad significará que el abogado defensor podrá proveer una representación legal de calidad.

9. El abogado defensor debe ser provisto obligatoriamente de una capacitación legal continua.

Abogados y sus colaboradores que proveen servicios de defensa deberían tener sistemáticamente un entrenamiento apropiado en sus áreas de práctica y, al menos, similar con el que reciben los fiscales.

10. El abogado defensor debe ser supervisado y sistemáticamente inspeccionado en la calidad y eficiencia del servicio de acuerdo a los estándares nacionales y locales adoptados.

Los abogados de planta (tanto los profesionales como los colaboradores), los abogados por designación o los defensores contratados deberían ser supervisados y periódicamente evaluados en relación a su competencia y a la eficiencia del servicio.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS

3.1. Presentación de resultados.

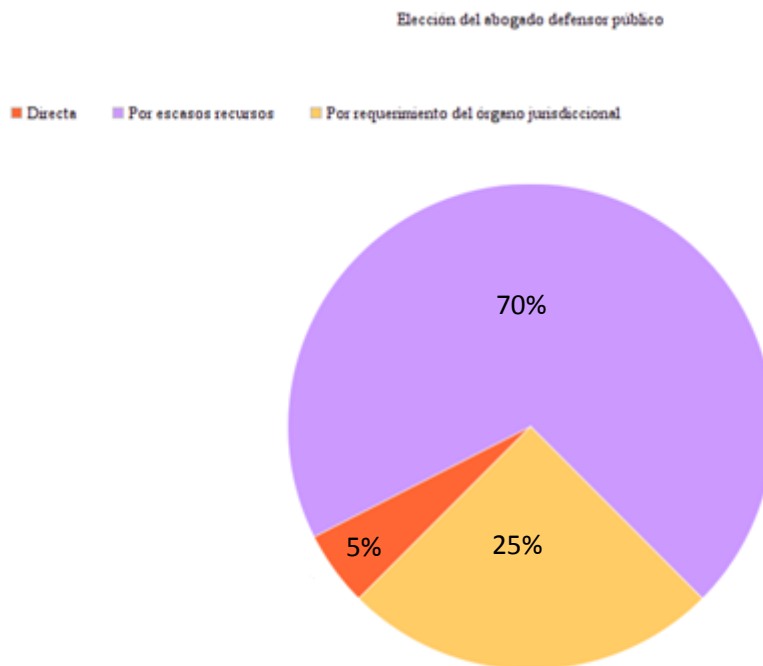
En este aspecto, vamos a presentar de manera específica los resultados obtenidos, luego de analizar las sentencias que formaron parte de la muestra de estudio, y para esto se ha elaborado las tablas que se aprecian a continuación.

Para ello dejamos claro que utilizaremos los casos con sentencias de un total de cuarenta casos, en los que hayan participado defensores públicos, por lo que los resultados serán presentados a través de tablas que son presentadas a continuación.

Tabla N° 02: Elección del abogado defensor público

Aspecto Frecuencia	N°	%
Directa	2	05
Por escasos recursos económicos.	28	70
Por requerimiento del órgano jurisdiccional	10	25
Total	40	100

Fuente: Sentencias analizadas de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Años: 2015 y 2016



De la tabla presentada, podemos observar, que en la mayoría de los casos estudiados la elección de los defensores públicos, es básicamente por bajos recursos económicos, abarcando hasta 28 casos de la muestra elegida, sin que haya otra alternativa de parte de los usuarios. Dos de los usuarios, los escogieron directamente, por cuanto ante el problema no encontraron otra opción pero que no primó el tema económico. Y es significativo que en 10 casos, la elección del abogado defensor haya sido como consecuencia del pedido del órgano jurisdiccional, por cuanto el abogado particular del procesado no había llegado a la audiencia, o simplemente había renunciado al patrocinio, por razones que pueden advertirse de índole económicas.

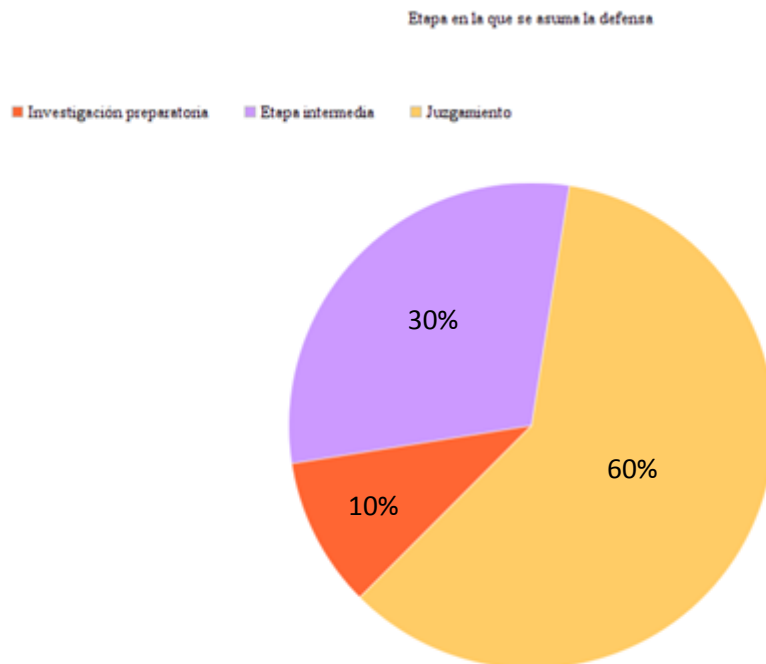
Este resultado deviene en una constante en una práctica en la que se establece que en efecto si bien es cierto, la elección del defensor público es fundamentalmente por motivo económico, que es finalmente el aspecto predominante, es cierto también que no se confía mucho en la respuesta que la defensoría pública pueda hacer cuando asume un caso, esto es, que el trabajo que se realiza muchas veces queda supeditado a los recursos que tenga el

procesado, y que en la mayoría de los casos ya no se corresponde con el tiempo del acopio de pruebas.

Tabla N° 03: Etapa en la que se asuma la defensa

Aspecto Frecuencia	N°	%
a) Investigación preparatoria	4	10
b) Etapa intermedia	12	30
c) Juzgamiento	24	60
Total	40	100

Fuente: Sentencias analizadas de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Años 2015 y 2016.



De la lectura de la tabla elaborada, se advierte que en efecto es en la etapa de juzgamiento donde la defensa pública asume los casos que se le encomienda. Con vista del cuadro anterior, se aprecia que en este caso predomina la elección por requerimiento judicial, sin embargo la etapa procesal de juzgamiento es ya la etapa final en la que por mandato expreso de la ley ya no se puede investigar y a veces ni siquiera incorporar medios probatorios es por ello que la estrategia de defensa deviene en un imperativo formal.

Esto supone por una parte que la defensa pública en la mayoría de los casos que asume, ha de priorizar la defensa de acuerdo mediante conciliación esto es conclusión anticipada de juzgamiento para tratar de disminuir la pena del acusado y en otras veces, se insistirá en una defensa negativa a pedido del propio procesado, conociendo de antemano que los resultados que se obtendrán no serán de los más favorables por la falta de medios probatorios los cuales no han sido ofrecidos en la etapa intermedia.

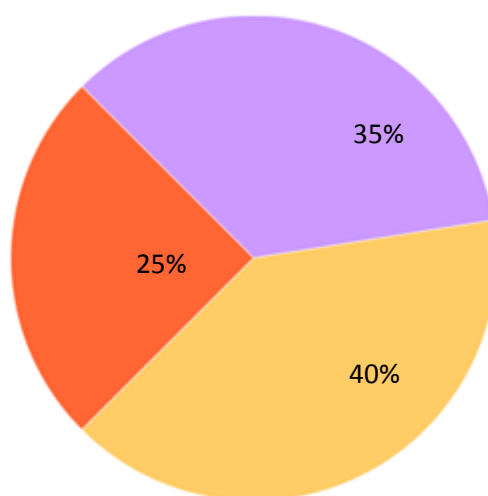
Tabla N° 04: Forma en la que se asume la defensa

Aspecto Frecuencia	N°	%
a) Negativa	10	25
b) Positiva	14	35
c) Mixta	16	40
Total	20	100

Fuente: Sentencias judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Años 2015 y 2016.

Forma en la que se asume la defensa

■ Negativa ■ Positiva ■ Mixta



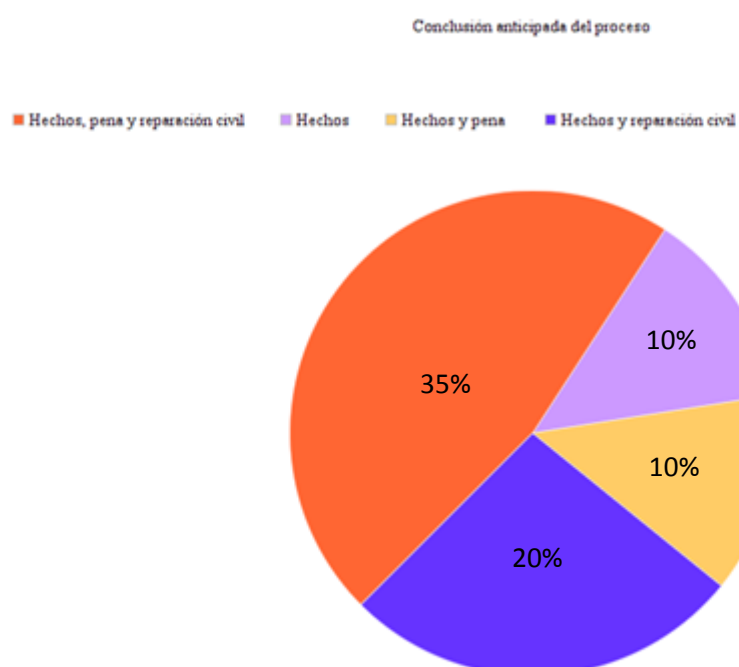
De la lectura de este cuadro, se advierte que en este caso la defensa de los defensores públicos que llegan a juicio, son de naturaleza positiva, es decir, se lucha por llegar a un acuerdo con el Ministerio Público mediante el sistema de la conclusión anticipada, y se termina negociando montos menores de pena, pero también de reparación civil. Sumado esto a la defensa mixta, consideramos que el trabajo del defensor público es rescatable por cuanto trata de aprovechar el derecho premial, precisamente cuando los medios probatorios presentados por el representante del Ministerio Público, revela que en efecto ha existido razones para condenar a los defendidos.

Sin embargo, queda también patente la posibilidad de haber podido asumir el caso desde la etapa de investigación y poder así establecer, por ejemplo la concurrencia de algún medio probatorio que permita por ejemplo estar en condiciones de negociar la pena a fin de rebajar la misma, sin embargo el trabajo se realiza de la mejor manera con el único objetivo de defender los intereses de los encausados.

Tabla N° 05: Conclusión anticipada del proceso

Aspecto Frecuencia	N°	%
a) Hechos, pena y reparación civil	14	35
b) Hechos	4	10
c) Hechos y pena	4	10
d) Hechos y reparación civil	8	20
Total	30	75

Fuente: Sentencias analizadas de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Años 2015 y 2016 * Del total de las 40 sentencias 30 sentencias terminaron con Conclusión Anticipada.



En este caso, queda claro también que predomina por cierto la defensa positiva, en la que se reconoce hechos, pena y reparación civil, es decir, se arriba a una conclusión anticipada del proceso, que en buena cuenta es lo que más favorece procesalmente al procesado. Cuando se asume el caso en el estadio procesal del juzgamiento, incluso no cabe la posibilidad de presentar medios probatorios por cuanto la etapa de ofrecimientos, ya ocurrió, y sólo queda defender la posición del patrocinado, precisamente a partir de las falencias que puedan presentar los medios probatorios actuados en audiencia de juzgamiento.

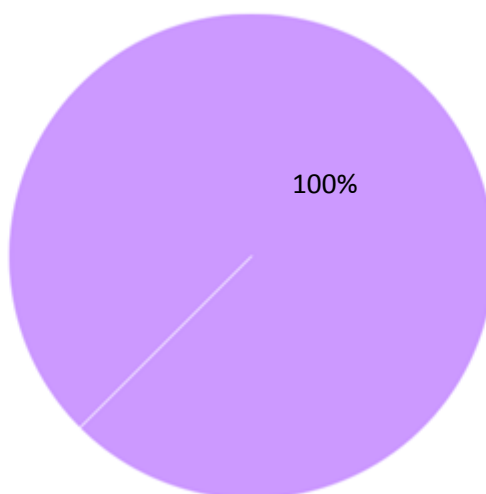
Tabla N° 06: Nuevos medios probatorios

Aspecto Frecuencia	N°	%
Presentan nuevos medios probatorios	--	--
No presentan nuevos medios probatorios	40	100
Total	40	100

Fuente: Sentencias analizadas de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Años 2015 y 2016

Nuevos medios probatorios

■ Presentan nuevos medios probatorios ■ No Presentan nuevos medios probatorios



Para ser precisos, en ninguno de los casos analizados, se han presentado nuevos medios probatorios, y esto precisamente porque en los casos que asumía la investigación, se infiere que no se pudieron recabar los que hubieran sustentado una defensa acorde con los hechos. En cuanto a la etapa intermedia, se colige que tampoco fueron ofrecidos medios probatorios de parte del defensor público, puesto que los mismos no se reflejan en la sentencia, como tampoco se han incorporado nuevos medios probatorios en la etapa intermedia, en los pocos en los que se concluyó con la realización del juicio oral.

No obstante esto, consideramos particularmente que la defensa pública debe ser una actividad seria, y no se puede asumir un caso ni en las condiciones en las que no se puede investigar, ni en los supuestos en los que no se puede ofrecer medios probatorios porque sencillamente o no se los ha recaudado, o simplemente porque ya precluyó la etapa para el ofrecimiento correspondiente. En todos estos expedientes, en los que simplemente se concurre a juicio sin ningún elemento, los defensores públicos consideramos

que atinan cuando ofrecen defensas positivas o mixtas, buscando acoger a sus defendidos, a los beneficios del derecho premial.

Tabla N° 07 Actuación de medios probatorios ofrecidos

Aspecto Frecuencia	Nº	%
Se actuaron medios probatorios	--	--
No se actuaron medios probatorios	40	100
Total	40	100

Fuente: Sentencias analizadas de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Años 2015 y 2016



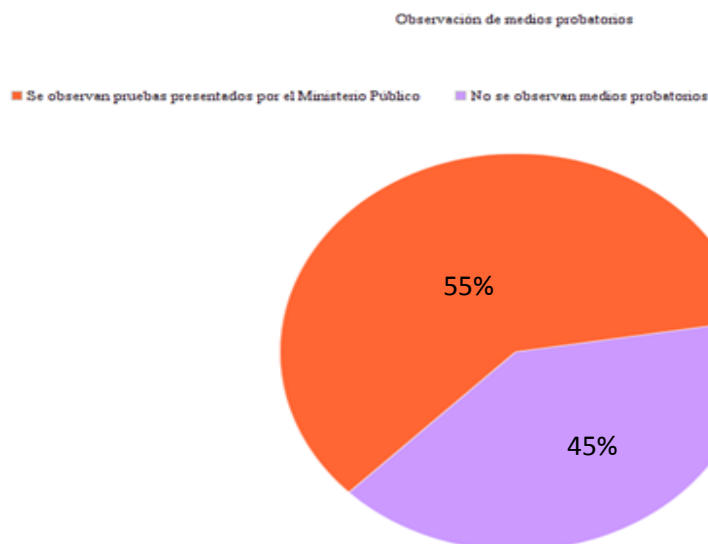
En las sentencias estudiadas, todas con participación del Ministerio Público, no se puede leer en alguna de ellas que en efecto no se han actuado medios probatorios en las defensas asumidas por los defensores públicos, y si bien es cierto que sólo se consideró los hechos y medios probatorios presentados por el Fiscal Provincial Penal, existen muchas respuestas ante este caso: falta de recursos económicos durante la investigación, el mismo hecho que sea el Ministerio Público quien deba asumir el recojo de los elementos de convicción de descargo, el asumir el caso en etapa de investigación, lo que origina que la estrategia de defensa quede supeditada sólo a considerar los medios probatorios presentados por el fiscal a cargo del caso.

Ante tan variada posibilidad de encontrar respuesta, lo cierto es que incluso así se acepten los cargos, una investigación criminológica hubiera permitido elaborar una teoría del caso de repente diferente a la de obtener tan sólo los beneficios del derecho premial.

Tabla N° 08 Observación de medios probatorios

Aspecto Frecuencia	N°	%
Se observan pruebas presentados por el Ministerio Público	24	45
No se observan medios probatorios.	16	55
Total	40	100

Fuente: Sentencias analizadas de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Años 2015 y 2016



Este cuadro revela que en los 24 casos que los defensores públicos observaron pruebas presentados por el Ministerio Público en la etapa intermedia en el Juzgado de Investigación Preparatoria en la misma audiencia de control de acusación pese a no haberse presentado escrito oportunamente por la defensa privada y en la etapa de juzgamiento cuando han sido llamados para ejercer la defensa pública por incomparecencia del defensor particular observaron los medios probatorios mediante preguntas a los testigos, a los agraviados, cuestionando documentos, pero sobre todo tratando de reducir la idoneidad del medio probatorio incorporado a juicio para ser valorado.

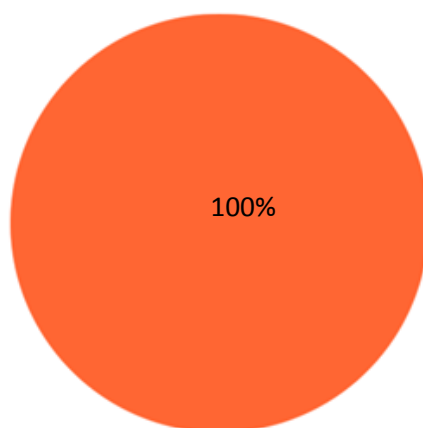
Tabla N° 09: Realización de alegatos finales

Aspecto Frecuencia	Nº	%
En función de los medios probatorios actuados	40	100
Total	40	100

Fuente: Sentencias analizadas de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Años 2015 y 2016

Realización de alegatos finales

■ En función de los medios probatorios actuados



En todos los procesos se han realizado los alegatos finales, incluso cuando en las conclusiones anticipadas que suponen, están de acuerdo con la acusación fiscal, y es que esto es necesario para que se incluya en el acta el contenido de los argumentos de la defensa que contienen las razones por las que se acepta la teoría del caso del Ministerio Público.

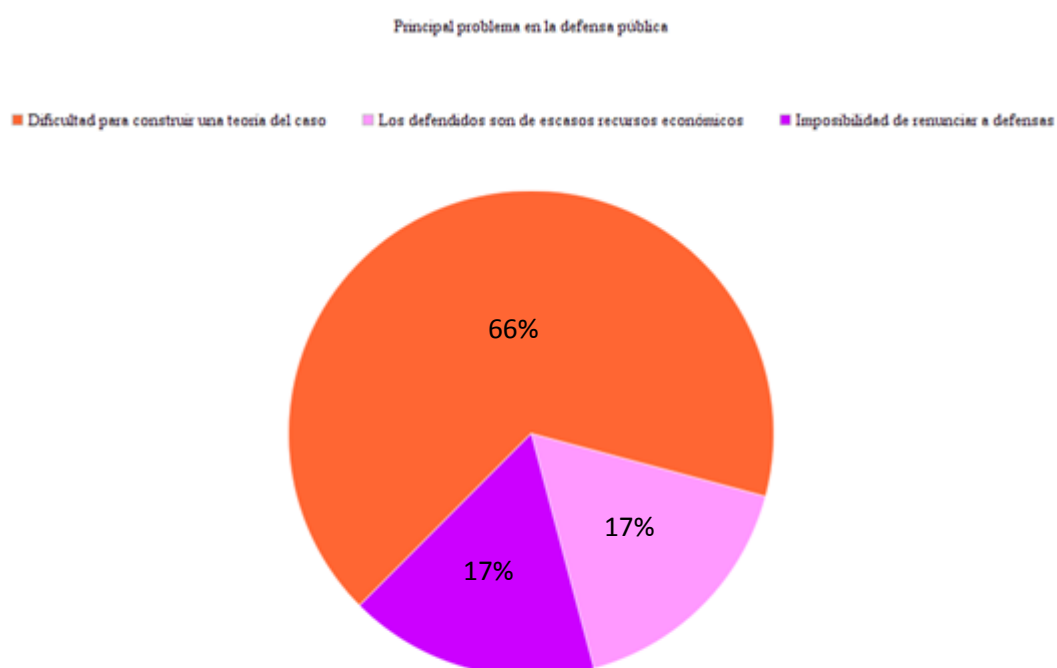
Consideramos que este ejercicio de los alegatos finales, revela que los defensores públicos asumen con responsabilidad el caso que se les asigna, a pesar de las limitaciones que siempre se presentan, y que abarcan todo el proceso, sin que el sistema, por ahora, considere revertir este estado de cosas.

También se realizó una entrevista dirigida a seis defensores públicos que fueron elegidos por el investigador, utilizando la técnica del azar simple, por lo que ahora presentamos sus respuestas a través de las tablas que se exponen:

Tabla 10 Principal problema en la defensa pública

Pregunta:Cuál es el principal problema que se presenta	Frecuencia
1. Dificultad para construir una teoría del caso	4
2. Los defendidos son de escasos recursos económicos	1
3. Imposibilidad de renunciar a defensas	1
TOTAL	

Fuente: Entrevistas en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Año 2016



Ante la primera pregunta referida al principal problema que se les proponen, cuatro de los defensores públicos señalaron que los principales

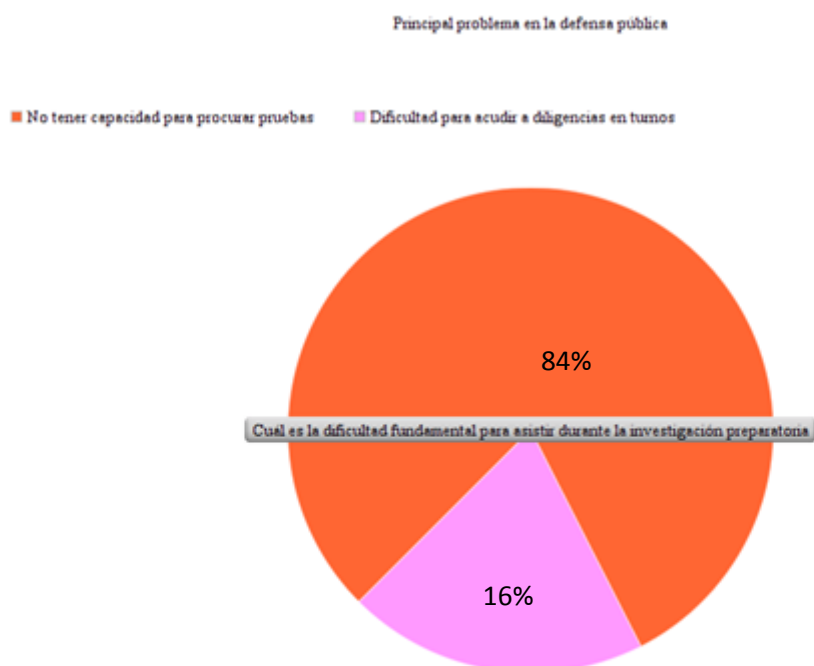
problemas encontrados fueron la dificultad para construir la Teoría del caso, y esto en cuanto a que para hacer una aseveración contradictoria, se debe tener en cuenta que lo afirmado se puede probar, es decir, se puede corroborar con los medios probatorios que correspondan. La preocupación está referida a las posibilidades reales de obtener los medios probatorios que permitan defender la tesis del defensor público, y entonces muchas veces el caso incluso puede tomar rumbo diferente, sin embargo esto no ocurre por cuanto no se cuenta con los medios para obtener los elementos de convicción que correspondan.

Señalaron además que es difícil que el Ministerio Público cumpla con su función de investigar también para buscar los elementos de descargos, y muchas veces los actos de investigación que se proponen son desestimados o simplemente es difícil que se puedan realizar, precisamente por motivos económicos para cancelar los honorarios de los especialistas a cargo de practicar los estudios.

Tabla 11: Principal problema en la defensa pública

Pregunta:Cuál es la dificultad fundamental para asistir durante la investigación preparatoria	Frecuencia
1. No tener capacidad para procurar pruebas	5
2. Dificultad para acudir a diligencias en turnos	1

Fuente: Entrevistas en la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Año 2016



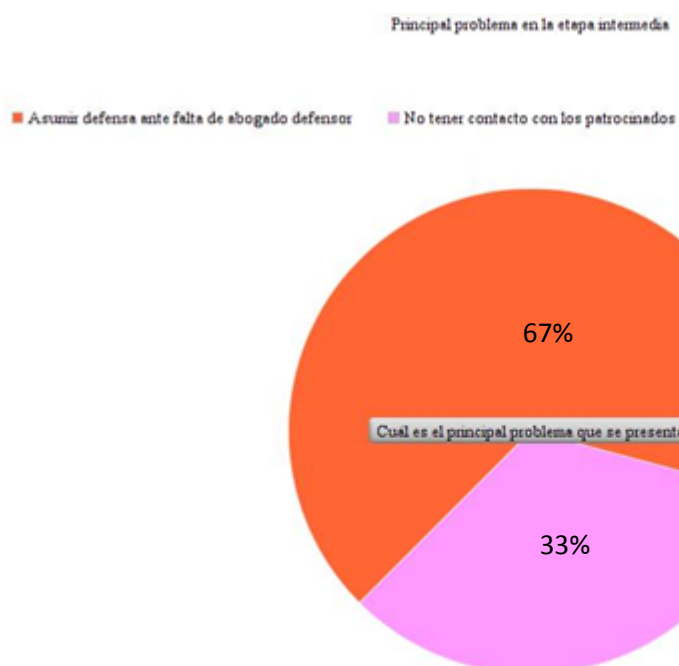
En esta segunda pregunta, se obtuvo como una respuesta casi unánime que durante la investigación preparatoria el principal problema es la posibilidad de reunir el elemento de convicción necesario para corroborar la tesis de descargo, y esto por cuanto se tiene que investigar bajo la dirección del Ministerio Público, y debido a la carga que asumen diariamente los fiscales, resulta casi imposible que desarrollen las diligencias orientadas a concretizar la teoría de la defensa pública.

Consideramos que este aspecto debe cambiar, y se debe dar la posibilidad que las defensorías públicas, debidamente enterado el Ministerio Público, puedan realizar actos de investigación, cuya autenticidad y valor formal se podrá establecer, discutir y evaluar durante la etapa de la intermedia, que es precisamente el estado procesal de saneamiento.

Tabla 12: Principal problema en la etapa intermedia

Pregunta:Cuál es el principal problema que se presenta	Frecuencia
1. Asumir defensa ante falta de abogado defensor	4
2. No tener contacto con los patrocinados	2

Fuente: Entrevista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Año 2016



En este caso, al realizarse la pregunta sobre el principal problema en la etapa intermedia, se advierte que consideran que la dificultad consiste en que los defensores públicos no preferirían asumir una defensa penal, ante la falta

de letrado particular, precisamente por cuanto es una etapa en la que ya no se puede realizar actividad de investigación, y se deben presentar los medios probatorios que se han recaudado precisamente en la etapa mencionada.

Pero si no se han recabado medios probatorios, entonces de qué manera se puede esbozar una teoría del caso de manera objetiva, y de acuerdo a los intereses de los defendidos. El tema preocupa debido a la naturaleza del Código Procesal Penal, en el que no se acepta posibilidad alguna de realizar actos particulares de investigación, que posibiliten la incorporación de elementos de convicción, sin embargo ya en etapa intermedia es casi imposible realizar actos conducentes a desarrollar diligencias o realizar peritajes, o lo que se propusiera.

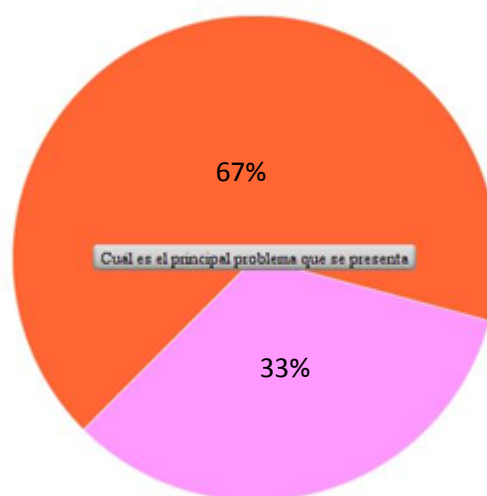
Tabla 13: Principal problema en la etapa de juzgamiento

Pregunta:Cuál es el principal problema que se presenta	Frecuencia
1. Falta de recursos para actuación de medios probatorios.	4
2. Imposibilidad de actuación de medios probatorios	2

Fuente: Entrevista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Año 2016

Principal problema en la etapa de juzgamiento

■ Falta de recursos para actuación de medios probatorios ■ Imposibilidad de actuación de medios probatorios



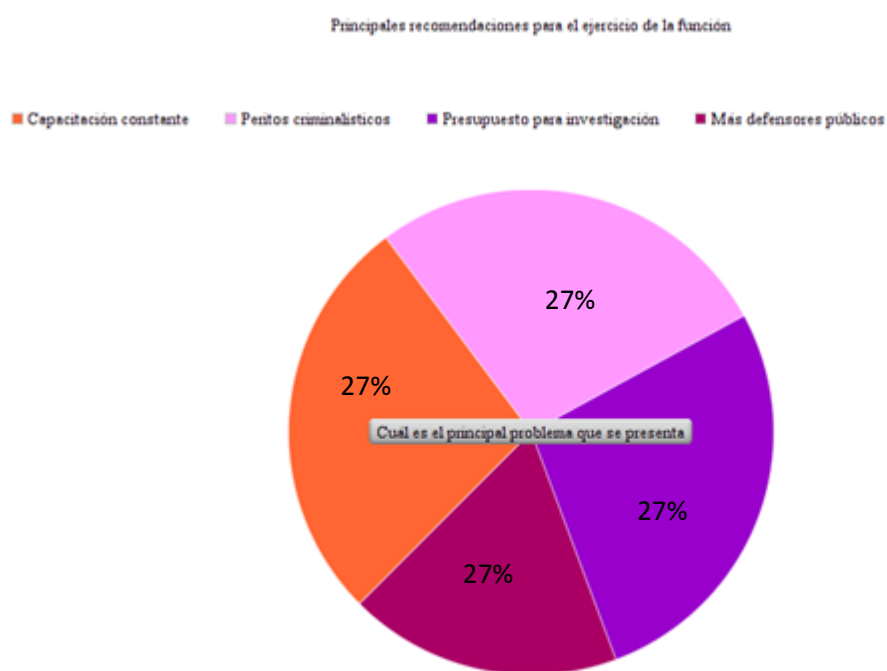
Sin duda, que ambas respuestas mostradas en la tabla señalada, da cuenta en efecto que los defensores públicos señalan a la falta de recursos para poder recabar medios probatorios. Esto es grave, si es que se considera que las partes deben tener igualdad de armas en un proceso adversarial y si es que el Fiscal Provincial Penal que más adelante se va a constituir en parte procesal, entonces no debe la oficialidad de la investigación, pues priorizará su caso y orientará el mismo a cumplir con los supuestos que le permitirán verificar su hipótesis de trabajo.

Con todo esto, qué tiempo ha de tener para evaluar, desarrollar y analizar los actos de investigación que proponen los investigados, sin duda que el Ministerio Público ya en la práctica le resulta muy difícil realizar los actos de investigación que proponen, más aún si es que considera que con estos actos de investigación puede afectar el contenido de su teoría del caso, por lo que esto también debe ser superado.

Tabla 14: Principales recomendaciones para el ejercicio de la función

Pregunta:Cuál es el principal problema que se presenta	Frecuencia
1. Capacitación constante	6
2. Peritos criminalísticos	6
3. Presupuesto para investigación	6
4.- Más defensores públicos	6

Fuente: Entrevista de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque - Año 2016



Con relación a esta última pregunta, los defensores públicos señalan en su totalidad que debe afianzarse su función con capacitaciones constantes, se debe contratar todo un equipo de peritos criminalísticos capaz de realizar las

pericias que el Ministerio Público no asume debidamente, debe destinarse para cada caso que se asuma, entre otros pedidos que hacen los entrevistados como es el incremento de recurso humano.

3.2. Contratación de la hipótesis.

Una vez analizada la información presentada, nos permitió establecer debidamente lo siguiente:

- El derecho a la defensa resulta ser uno de las variantes de la garantía al debido proceso, que se caracteriza con la asistencia técnica-legal que se brinda a un patrocinado a fin de contrarrestar la acción de persecución del Estado, que es ejecutada por el Ministerio Público.
- La defensa pública cumple la función particular de asistir legalmente a aquellas personas que sin tener los medios económicos suficientes, necesitan de la orientación jurídica a fin de que se garanticen sus derechos que podrían ser vulnerados al enfrentar un proceso penal, asesoría que va incluso desde el momento en el que se le notifica que se encuentra sometido a una investigación fiscal.
- Las limitaciones que el ejercicio de la defensa pública implica que: a) se asuma el caso cuando el juez lo decida; b) se deje el caso, luego de haberlo asumido en las diligencias preliminares; c) no existan posibilidades reales de asumir una defensa con conocimiento incluso del acusado, a partir de la etapa intermedia; d) no haya posibilidades concretas reales de incorporar medios probatorios en la etapa de juicio oral; e) no conocer la versión de defensa que permita elaborar una teoría de caso desde la perspectiva del acusado, sobre todo en los casos en los que se asiste al acusado por llamado del juez penal, ante la ausencia de abogado defensor particular.
- Uno de los aspectos que debemos considerar es que el estrato social de la procedencia de los asistidos por la defensa pública son de bajo recursos económicos, sus familiares colaboran poco, y existe casi un

determinismo de su parte en cuanto a que toman como algo inevitable que los acusados terminen siendo condenados por algún delito, en especial por los de patrimonio.

- Entonces, la defensa pública se concentra en el ejercicio de la misma a partir del trabajo que haga el Ministerio Público durante la investigación, de la realización de las diligencias preliminares, a partir de cuyo resultado se puede construir argumentos tendientes a elaborar una defensa negativa en algunos casos, pero sobre todo una defensa mixta orientada a que el patrocinado se le rebaje la pena en la medida en la que sea posible.
- Sólo así podemos advertir que la defensa pública sea realmente eficaz: a partir del ejercicio práctico, objetivo, realista de los medios probatorios que aparezcan en la investigación y que hayan sido aportados por el Ministerio Público. La igualdad de armas se puede manifestar, en la medida en la que se pueda cuestionar teóricamente las conclusiones de la acusación y la teoría del caso del fiscal penal, e implica que dicho cuestionamiento atienda a explicar las razones por las que un acusado cometió un delito o resulta ser inocente, según sea el caso.

-

3.3. Propuesta teórica – legal.

3.3.1. Base Constitucional.

La dignidad de la persona es el fin del Estado Peruano, lo que implica que se debe al ciudadano sin distinción alguna, sin diferencia de alguna índole, pensando ante todo que los servicios que presta esté orientados a satisfacer sus elementales necesidades.

Esta declaración expresa que asume el Estado, la encontramos registrada en el artículo 1º de la Constitución Política del Perú¹⁰⁵, y entendemos

¹⁰⁵ La Constitución de 1993 se inicia con este artículo, que contiene una declaración general que, en términos jurídicos, se convierte en un principio general del Derecho, es decir, en un medio de interpretación sistemática para el conjunto del texto constitucional, así como sobre otras normas de menor jerarquía. Sirve, asimismo, para la integración de soluciones hermenéuticas. Su contenido no representa innovación sustantiva respecto de la

entonces que aquél se obliga a atender a todos en la misma magnitud, de tal manera que no existen ciudadanos diferenciados, y los servicios que se otorgarán a las personas han de corresponder según sus necesidades.

Entonces, si la finalidad de prestación de servicios abarca a todos los ciudadanos, entonces queda claro que esto alcanza también a los ciudadanos que se encuentran reclusos en un establecimiento penal, pues, si bien es cierto han sido limitados en el ejercicio de ciertos derechos como el de ejercicio de su libertad personal, es cierto también que no le han sido conculcados otros derechos, como el derecho fundamental no numerado a tener un proceso justos, con debido proceso, y teniendo en cuenta que siendo objeto de investigación, debe tener también el derecho a defenderse, de manera eficaz y bajo el diseño de una estrategia que elaborará bajo el asesoramiento de un abogado defensor.

En efecto, el artículo 139.3. de la Constitución Política del Perú, reclama para los justiciables la garantía del debido proceso, que implica el ejercicio de los derechos procesales que la ley ha previsto, así:

El inciso bajo análisis es de suma importancia, pues establece las garantías para el Debido Proceso Legal, que en la actualidad no solo es considerado como un derecho constitucional sino como derecho fundamental; vale decir, uno de los derechos humanos exigibles al Estado moderno de derecho.

Mediante el debido proceso se garantiza que las reglas de organización judicial, competencia, trámite de los juicios y ejecución de las decisiones de la justicia, Se lleven a cabo respetando las garantías constitucionales y legales vigentes. Aníbal Quiroga define al Debido Proceso Legal como la institución del Derecho Constitucional Procesal, que identifica los principios y presupuestos procesales mínimos que debe reunir todo proceso judicial jurisdiccional para asegurar al justiciable la certeza,

Constitución de 1979; en realidad, responde a la misma concepción, aunque tiene la desventaja de una redacción menos clara que su precedente. Es una declaración general de vocación personalista en el ámbito filosófico, en el sentido de la primacía que reconoce a la persona humana. También coincide con la denominada naturaleza social del ser humano propugnada principalmente por la Doctrina Social de la Iglesia Católica. Cfr. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, IDEMSA, Lima Perú, 2012, p.85 y 86

justicia y legitimidad de su resultado. Estos principios no son otros que los que detalla el segundo párrafo del inc. 3.¹⁰⁶

Uno de esos derechos, en el campo procesal penal es el de derecho de defensa técnica que implica que la persona sometida a un proceso penal, desde la etapa de investigación hasta la del propio juzgamiento, pueda ejercer la facultad de elegir su propio abogado, es decir, aquel profesional que se ha de encargar de asumir su defensa.

Sin embargo, el ejercicio de este derecho queda supeditado al capacidad económica del procesado, más aún si carece del sustento económico que le permita acceder a la contratación de un abogado particular a quien ha de cancelar previamente un honorario profesional. Frente a esto, entonces, la norma que avala la constitucionalidad del debido proceso, implica también que el derecho de contar con una defensa técnica, supone también que se considera la asistencia legal, por un abogado proporcionado por el propio Estado, y para ello entonces aparece la asistencia legal gratuita de la Defensoría Pública, la misma que debe cumplir un estándar mínimo de asesoramiento, capaz de contribuir con la administración de justicia penal, pero sobre todo el de garantizar el derecho del procesado que en todo caso, se rige por la denominada Presunción de inocencia.

3.3.2. Base Procesal Penal.

En el derecho procesal penal peruano, el Código procesal penal dedica un artículo especial a la función de la Defensoría Pública, pero sobre todo al Servicio de la Defensa de Oficio, conforme lo podemos leer en el artículo 80 del mencionado Código; así:

Artículo 80°.- Derecho a la defensa técnica El Servicio Nacional de la Defensa de Oficio, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no puedan designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor

¹⁰⁶ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. Ob. Cit. p.674 y 675

de oficio para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.

Luego de esto, encontramos que no existe otro artículo del Código Procesal Penal referido a la función que bajo la condición de abogado defensor, le corresponde asumir; pero de la citada norma, podemos concluir:

- a) El ejercicio de la defensa pública por parte del Estado,
- b) La defensa pública se orienta a asesorar a todas las personas, sin que haya distinción entre las mismas.
- c) Se infiere que aquellas personas que puedan pagar el ejercicio de la defensa pública, lo cancelen.
- d) La defensa pública acudirá ante un llamado de la autoridad, entendiendo por esto el Ministerio Público o el propio Poder Judicial.

Sin embargo, resulta pertinente señalar que esta norma procesal penal que debe, a nuestro criterio abordar muchos aspectos de la defensa pública, termina lesionando no sólo los derechos de las personas que pretenden alcanzar una defensa eficaz, sino también principios elementales del sistema de justicia penal, como:

- a) Se afecta el Principio de igualdad de armas, por cuanto si bien es cierto la persecución del delito por parte del Ministerio Público, dicha acción se apoya en el accionar propio de dicho órgano extra poder, que tiene precisamente el presupuesto para esto, es cierto también que dicha posibilidad de investigar no resulta ser tan clara para la defensa pública.
- b) El defensor público, conforme también el defensor privado, debe investigar conjuntamente con el Ministerio Público, debiendo en todo caso supeditar sus requerimientos a lo que determine el representante fiscal, y en buena cuenta, al criterio de investigación que haya diseñado e implementado para el proceso.

- c) Consideramos, particularmente, que con esto se afecta el acceso a la justicia en los casos en los que el defensor público debe asumir la defensa gratuita, porque en la práctica, el fiscal provincial penal deberá privilegiar ante todo su tesis de investigación, y deberá dejar de lado las diligencias que el letrado público plantea, afectando con ello uno de los principios básicos como es el de igualdad de armas.
- d) Entonces, el impedimento del desarrollo de la estrategia que tiene el defensor público, le han de impedir desarrollar en lo posible una defensa eficaz, que supone la actividad propositiva de parte del investigado.
- e) Al afectar el Principio de Igualdad de armas, se afecta directamente la posibilidad real de una defensa eficaz, más si es que el letrado público tiene como teoría del caso de su patrocinado la de la absolución, y se le niega también directo el cabal derecho al encausado a acceder de la mejor manera al servicio de justicia, más aún si sobre su persona pesa una acusación con muchos años de pena privativa de la libertad.

3.3.3. La ley de la defensa pública.

La Ley N° 29360 se encuentra vigente y se refiere a Ley del servicio de defensa pública, la misma que considera:

LEY N° 29360

LEY DEL SERVICIO DE DEFENSA PÚBLICA

Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 1.- Objeto de la Ley La presente Ley regula el marco jurídico del Servicio de Defensa Pública en los aspectos referentes a la finalidad, principios, funciones, modalidades, condiciones de prestación, organización y acceso al Servicio.

Artículo 2.- Finalidad del Servicio El Servicio de Defensa Pública tiene la finalidad de asegurar el derecho de defensa proporcionando asistencia y asesoría técnico legal gratuita, en las materias expresamente

establecidas, a las personas que no cuenten con recursos económicos y en los demás casos en que la ley expresamente así lo establezca.

Artículo 3.- Principios generales El Servicio de Defensa Pública se presta en condiciones de efectividad, eficacia y calidad a favor de los usuarios y se rige por los siguientes principios:

a) **Probidad** El defensor público actúa a favor de los intereses del usuario, cumpliendo y exigiendo el cumplimiento, en todo momento, de la Constitución Política del Perú y los tratados internacionales, especialmente los referidos a la protección de los derechos humanos. Deben, además, desempeñar su labor de manera eficaz, permanente, continua y técnica.

b) **Independencia funcional** La defensa pública es ejercida con libertad y autonomía. En el ejercicio de sus funciones, el defensor público actúa según su criterio técnico, no pudiendo recibir presiones o instrucciones particulares para un caso. Las instrucciones generales que dicte la Dirección General de Defensa Pública del Ministerio de Justicia se imparten únicamente con el propósito de lograr mayor eficacia en el acceso a la justicia y mejor organización del sistema de defensa.

c) **Confidencialidad** El defensor público debe guardar reserva o secreto de la información revelada por los usuarios o por terceros con ocasión del ejercicio de la defensa. La información así obtenida solo puede revelarla con el consentimiento previo de quien se la confió. Excepcionalmente, puede revelar aquella información que permita prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro. d) **Unidad de actuación** El defensor público presta su servicio de manera continua y sin interrupciones, desde el inicio del caso hasta su conclusión definitiva, salvo razones de fuerza mayor. Cuando hubiera conflicto de intereses en la defensa en un mismo proceso o desavenencia con el usuario, este o el defensor público pueden solicitar el cambio de designación.

e) **Gratuidad** La defensa pública es un servicio que se presta en forma gratuita para quienes acrediten que no cuentan con recursos económicos y en los demás casos que la Constitución Política del Perú y la ley lo establezcan.

f) **Desconcentración** El Servicio de Defensa Pública se organiza de manera desconcentrada, manteniendo una visión sistémica e integral. g) **Diversidad cultural** El Servicio de Defensa Pública se brinda respetando la naturaleza multiétnica y pluricultural de la Nación peruana.

Artículo 4.- Deber de colaboración Las autoridades del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú prestan la colaboración

requerida para el cumplimiento de las funciones del Servicio de Defensa Pública. Las instituciones públicas están obligadas a prestar atención a los pedidos de informes y antecedentes que formulen los defensores públicos en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 10.- Requisitos para ser defensor público Para ser defensor público se requiere lo siguiente:

- a) Ser abogado con colegiatura hábil.
- b) Tener experiencia profesional no menor de dos (2) años, contados desde su colegiatura.
- c) No encontrarse incurso en ninguna incompatibilidad para ejercer la función pública.
- d) Hablar, en las zonas donde predominen, quechua, aymara o las demás lenguas aborígenes, según la ley. e) No encontrarse registrado en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam).
- f) No contar con antecedentes penales.
- g) Las demás que sean inherentes al cargo y que estén establecidas en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 11.- Derechos del defensor público Los derechos del defensor público son los siguientes:

- a) Ejercer su labor con independencia y sin presiones de ninguna clase. La autoridad competente proporciona protección a los defensores públicos cuya seguridad personal sea amenazada.
- b) Permanecer en el servicio mientras tenga buen desempeño.
- c) Recibir capacitación adecuada para el óptimo desempeño de sus funciones.
- d) Las demás que sean inherentes a su función y que estén establecidas en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 12.- Deberes del defensor público Los deberes del defensor público son los siguientes:

- a) Ejercer la defensa de manera técnica, idónea y oportuna.
- b) Asumir inmediatamente, con atención y diligencia, la representación legal encargada y no abandonarla hasta que se asegure un reemplazante.

- c) Coadyuvar a la defensa de los derechos fundamentales y garantías procesales de sus representados e interponer los recursos y acciones de garantía que estime pertinentes, dando cuenta a la Dirección General de Defensa Pública.
- d) Guardar la reserva o el secreto profesional.
- e) Orientar al usuario en el ejercicio de su defensa material.
- f) Fundamentar técnicamente los recursos, acciones o informes que presente a favor de los usuarios.
- g) Mantener permanentemente informados a sus patrocinados sobre todas las circunstancias del proceso.
- h) Observar en todo momento una conducta recta, guiada por los principios de probidad, lealtad y buena fe
- i) Las demás que sean inherentes a su función y que estén establecidas en el reglamento de la presente Ley.

Artículo 13.- Régimen disciplinario, faltas y sanciones El régimen disciplinario tiene la finalidad de garantizar la adecuada prestación del Servicio y la idoneidad en el cargo. Se consideran faltas de los defensores públicos las siguientes:

- a) La defensa negligente.
- b) El incumplimiento de sus deberes y obligaciones de acuerdo a ley.
- c) Las inconductas éticas. Las faltas pueden ser leves y graves, conforme a lo establecido en el reglamento de la presente Ley. La sanción aplicada debe ser proporcional a la falta cometida y adecuada a su naturaleza, gravedad y grado de responsabilidad, según lo establecido en el reglamento de la presente Ley.

Estas pueden ser las siguientes:

1. Amonestación verbal.
2. Amonestación escrita.
3. Suspensión hasta por treinta (30) días sin goce de haber.
4. Cese hasta por doce (12) meses sin goce de haber.
5. Destitución. Las sanciones disciplinarias las aplican el director general o el director distrital, conforme al procedimiento establecido en el reglamento de la presente Ley.

Capítulo III Beneficiarios del Servicio

Artículo 14.- Beneficiarios El Servicio de Defensa Pública se presta a favor de las personas de escasos recursos económicos que requieran defensa o asistencia jurídica, en los supuestos del artículo 8. También se presta en los supuestos de defensa necesaria regulados por las normas procesales cuando el procesado no cuente con abogado o haya renunciado a la defensa y lo requiera el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público.

Artículo 15.- Gratuidad El Servicio de Defensa Pública es gratuito para las personas de escasos recursos económicos, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 14. Para tal efecto, se entiende que una persona tiene escasos recursos económicos cuando no puede pagar los servicios de un abogado privado sin poner en peligro su subsistencia o la de su familia. Se presume que una persona tiene escasos recursos económicos cuando:

a) Se encuentra desempleada o no tiene empleo o trabajo conocido.

b) Percibe, por cualquier concepto o modalidad, ingresos mensuales inferiores a una remuneración mínima vital. Sistema Peruano de Información Jurídica Página 6 Dicha presunción no es aplicable cuando del análisis de su situación económica se desprende que cuenta con patrimonio suficiente para solventar los costos de una defensa privada. Las acciones, demandas o recursos que presentan los defensores públicos a favor de los usuarios se encuentran exonerados del pago de cualquier tasa o pago de arancel. **Artículo 16.- Verificación de la situación socioeconómica del usuario** Para verificar la condición socioeconómica del beneficiario, es suficiente la presentación de la constancia expedida gratuitamente por las entidades públicas y privadas dedicadas a programas sociales, asistencia social o defensa de los derechos fundamentales, sin perjuicio de mecanismos de verificación aleatoria y fiscalización posterior que establezca el Ministerio de Justicia. Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo, el Servicio de Defensa Pública se presta de forma inmediata, sin esperar los resultados de la verificación.

Artículo 17.- Pérdida del beneficio de gratuidad El beneficio de gratuidad se pierde cuando:

a) Se compruebe que el usuario no cumple los requisitos para acceder a la gratuidad. En este caso, se le comunica que debe nombrar un defensor privado o pagar el costo del Servicio.

b) El beneficiario incurre en falsedad de la información proporcionada sobre su situación socioeconómica. En este caso, el usuario está obligado al pago del costo del Servicio.

c) Desaparecen las causas socioeconómicas que dieron origen al beneficio. d) El usuario contrata o recibe el servicio de un defensor privado. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, mediante decreto supremo con refrendo del Ministro de Justicia, se aprueba un arancel del Servicio.

DECRETO SUPREMO N. 013-2009-JUS APRUEBAN EL REGLAMENTO DE LA LEY N. 29360 – LEY DEL SERVICIO DE DEFENSA PÚBLICA.

Artículo 7.- Garantías del Servicio de Defensa penal pública El Servicio de Defensa penal pública garantiza el respeto al derecho de defensa de las personas de escasos recursos económicos imputadas de delito o faltas y de los adolescentes infractores de la ley penal, actuando en estricto respeto a los principios generales y disposiciones señaladas en la Ley del Servicio de Defensa Pública en el presente reglamento, en los principios generales del derecho penal, procesal penal, la Constitución Política del Perú y los Tratados Internacionales referidos de Derechos Humanos, así como de otras normas que resulten aplicables.

Artículo 8.- Actuación del Defensor Público El Servicio de Defensa Penal Pública se brinda bajo el principio de unidad de defensa, para el cual el Defensor Público deberá actuar a solicitud de la persona investigada, acusada o sentenciada por la comisión de un delito o falta y en los casos que lo requiera el órgano jurisdiccional o el Ministerio Público, cuando el procesado haya renunciado a la defensa. En todos los casos el Defensor Público actuará en defensa de los intereses de su patrocinado, exigiendo el cumplimiento del debido proceso penal y respeto a las garantías constitucionales.

DE LOS SERVICIOS DE LOS CONSULTORIOS JURÍDICOS POPULARES

Artículo 9.- Materias Los Defensores Públicos que integran los Consultorios Jurídicos Populares y los Defensores Públicos Adscritos a ellos deberán absolver las consultas de carácter legal que formulen los usuarios. Los Consultorios Jurídicos Populares brindan asistencia legal gratuita en las siguientes materias:

En materia civil y de familia:

- a) Demanda de pensión de alimentos.
- b) Aumento o prorrateo de alimentos.
- c) Separación convencional y divorcio ulterior.
- d) Solicitud de rectificación de partidas
- e) Sucesión intestada.
- f) Inscripción de defunción.
- g) Filiación extramatrimonial a favor de menor.
- h) Tenencia y custodia.
- i) Régimen de visitas.
- j) Consejo de Familia.
- k) Interdicción.
- l) Violencia Familiar, patrocinando sólo a la parte agraviada.
- m) Declaración Judicial de unión de hecho. Contestar las siguientes acciones en materia de derecho civil y familia: a) Demanda de reducción, exoneración y extinción de pensión alimenticia. b) Demanda de desalojo cuando el predio en controversia está destinado a casa habitación. c) Demanda de tenencia y régimen de visitas cuando el criterio de defensa favorezca al niño, niña o adolescente. En materia penal se actuará sólo si el usuario no ha recibido patrocinio legal de otra entidad pública o privada.

El defensor público está facultado para interponer cualquiera de las acciones siguientes: a) Denunciar y ejercer la defensa legal donde resulten agraviados ancianos, ancianas, niños, niñas, y adolescentes en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Tratándose de delitos contra la Libertad Personal sólo se actuará en casos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes; y, en los delitos contra la Familia sólo para atentados contra la patria potestad, abandono de mujer en estado de gestación y omisión a la asistencia familiar. b) Denunciar y ejercer la defensa técnica a favor de los agraviados por actos discriminatorios contra las empleadas del hogar.

3.3.4. Propuesta lege ferenda.

Consideramos que en el trabajo que desarrolla la Oficina Nacional de la Defensoría Pública, se ha avanzado mucho en la prestación del servicio de la defensa gratuita:

- a) Se ha aumentado el número de defensores públicos
- b) Se han incrementado los salarios de los defensores públicos
- c) Se ha descentralizado las sedes de la Defensoría Pública, y ahora se cuenta con oficinas, por ejemplo en Lambayeque, en muchas sedes del Distrito Judicial: Lambayeque, Ferreñafe, Motupe, José Leonardo Ortiz y el propio Chiclayo y también en las zonas de Jaén, Cutervo y San Ignacio.
- d) Cuenta, al menos en la sede de Chiclayo, con el servicio de movilidad vehicular, lo que ayuda mucha sobre todo en el traslado de los Defensores Públicos y diligenciamiento de documentos, asistencia a audiencias y las propias asistencias requeridas por el Ministerio Público.

Sin embargo, consideramos que nada se ha avanzado en cuanto a que la Defensoría Pública pueda agenciarse de parte de algunos actos de investigación, que le permitan validar o desechar su teoría del caso.

Por ello, se propone se modifique la **Ley N° 29360, LEY DEL SERVICIO DE DEFENSA PÚBLICA**, en cuanto debe agregarse el siguiente articulado:

Artículo 18: En el caso del servicio de defensa pública que se brinda, el Minjus proveerá plazas de peritos criminalísticos por cada sede judicial, así como podrán solicitar actos de investigación directamente a la Oficina de Medicina Legal del Ministerio Público, en caso fuera documental.

Artículo IX, inciso 1, segundo párrafo del Título Preliminar del C.P.P.(Decreto .Legislativo 957)

Derecho de Defensa:

También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Debe modificarse de la siguiente manera:

También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes **y a toda circunstancia que implique una defensa eficaz**

Asimismo, se propone la modificación del artículo 80, del Código Procesal Penal, que por ahora el artículo vigente es:

Artículo 80. Derecho a la defensa técnica

El Servicio Nacional de la Defensa Técnica, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no pueden designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio, para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.

Proponiéndose en este caso, que el artículo precedente se le añada el siguiente texto:

Previo informe al Fiscal Provincial Penal a cargo de la investigación, el abogado defensor público podrá solicitar directamente al Departamento de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, la realización de alguna prueba pericial, así como también podrá ejercer el derecho de petición directamente al personal del Instituto Medicina Legal, para el caso de reconocimientos médicos y práctica de exámenes biológicos

Asimismo, se propone la modificación del artículo 85 del Código Procesal Penal, que por ahora el artículo vigente es

Artículo 85, inciso 1 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo. 957):

1. Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y esta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado, o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia.

Se debe modificar de la siguiente forma:

1. Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y esta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado, o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia, ***salvo que no se pueda garantizar una defensa técnica eficaz***

CONCLUSIONES

1. El Servicio de Defensa Pública adscrita al Ministerio de Justicia del Perú, resulta ser un medio eficaz para el acceso gratuito al sistema de justicia del país, en especial en el campo de los procesos penales. Su participación en estos deviene en un imperativo de garantizar la legalidad en los actos de investigación que se realiza, pero también el trabajo de los defensores públicos permite también verificar el cumplimiento del debido proceso.
2. Entonces, encontramos que son tres los fundamentos con los que la defensoría pública, al menos en el campo penal, trabaja: acceso gratuito y libre a la justicia; garantizar la legalidad en los procesos penales en los que garantiza, y corroborar la observancia irrestricta del debido proceso.
3. Sin embargo, del estudio de campo realizado se advierte que:
 - a) El trabajo formal que realiza los defensores públicos no resulta suficiente para garantizar la eficacia de la defensa;
 - b) El reconocimiento de la función de proposición de actos de investigación, para que sean llevados a cabo por el Ministerio Público es insuficiente por cuanto queda todo supeditado a la actividad fiscal,
 - c) La mayoría de veces, la designación de un abogado de la defensa pública ocurre como consecuencia del llamado que hace el juez penal, y no es el resultado de la designación del propio procesado, es decir, se acude a falta del abogado particular;
 - d) Cuando se asume la defensa a falta de abogado particular, la misma ocurre durante la etapa intermedia y durante la etapa de juicio oral, debiéndose asumir el proceso a veces en condiciones desventajosas por la falta de incorporación de medios probatorios suficientes, que permitan asumir una defensa con posibilidad de éxito para la teoría del caso que se pretende implementar.

4. El derecho a la defensa tiene su fundamento en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado que prescribe que el fin del estado es la persona humana, es decir, el ciudadano, y que en este caso, aquél se obliga a proporcionarle los medios suficientes para que ante un proceso penal tenga acceso a la justicia, incluso de manera gratuita a través del ejercicio del defensor público penal.

5. Entonces, el acceso a la justicia de manera gratuita que se realiza a través del defensor público penal, se fundamenta en la garantía constitucional del debido proceso, consagrada en la Constitución Política del Perú en el artículo 139.3, pues, toda persona a quien se le imputa un cargo de naturaleza penal, tiene derecho a ejercer su derecho de defensa, incluso así no tenga los medios económicos para hacerlo.

6. La defensa que realiza en el proceso penal un defensor público es una defensa de garantía que busca que los derechos de los patrocinados, sean respetados en todas las etapas del proceso, sin embargo no resulta ser una defensa del todo eficaz por cuanto sea porque se debe investigar con el Ministerio Público y depender de él, o sea porque se asume la defensa en un estado procesal en el que ya no se puede acopiar las pruebas, queda claro que la falta de iniciativa manifiesta termina perjudicando la eficacia de una defensa, tornándose la misma a veces casi en todo formal.

7. Consideramos para que haya realmente una defensa eficaz de parte de la Defensoría Pública, debe realizarse un cambio organizacional de dicha entidad, incluso partiendo por reconocerle la capacidad de ser un órgano autónomo, sin injerencia alguna, con presupuesto propio para diseñar, planificar y ejecutar una teoría del caso, y que permita garantizar realmente una igualdad de armas y de oportunidades a las partes, conforme lo establece el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal.

8. En los casos analizados, frente a la imposibilidad procesal de acopiar pruebas, de presentar medios de prueba extemporáneos o de retrotraer etapas ya precluidas, el trabajo de la Defensoría Pública se orienta a establecer el tipo de defensa que hará uso frente a la acusación del Ministerio Público, y esto en la medida que en el caso de optar por una

defensa positiva o por una defensa mixta, en ambos casos ha de corresponder el acceso al derecho premial a favor del defendido, lo que supone que la pena sea rebajada en las proporciones que establece la ley.

RECOMENDACIONES

Conforme a la propuesta de lege ferenda, brindada en la presente investigación:

1.- En cuanto a la **Ley N°29360, LEY DEL SERVICIO DE DEFENSA PÚBLICA**, se considera que debe agregarse el siguiente párrafo al Art.18 de la siguiente forma:

Artículo 18: En el caso del servicio de defensa pública que se brinda, el Minjus proveerá plazas de peritos criminalísticos por cada sede judicial, así como podrán solicitar actos de investigación directamente a la Oficina de Medicina Legal del Ministerio Público, en caso fuera documental.

2.- En cuanto al **Artículo IX, inciso 1**, segundo párrafo del Título Preliminar del C.P.P.Decreto .Legislativo 957 que por ahora el artículo vigente es:

Derecho de Defensa.

También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Debe modificar de la siguiente manera.

También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa; a ejercer su autodefensa material; a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria; y, en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes **y a toda circunstancia que implique una defensa eficaz**

3.- Asimismo, se propone la modificación del **artículo 80, del Código Procesal Penal**, que por ahora el artículo vigente es:

Artículo 80. Derecho a la defensa técnica

El Servicio Nacional de la Defensa Técnica, a cargo del Ministerio de Justicia, proveerá la defensa gratuita a todos aquellos que dentro del proceso penal, por sus escasos recursos no pueden designar abogado defensor de su elección, o cuando resulte indispensable el nombramiento de un abogado defensor de oficio, para garantizar la legalidad de una diligencia y el debido proceso.

Proponiéndose en este caso, que el artículo precedente se le añada el siguiente texto:

Previo informe al Fiscal Provincial Penal a cargo de la investigación, el abogado defensor público podrá solicitar directamente al Departamento de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, la realización de alguna prueba pericial, así como también podrá ejercer el derecho de petición directamente al personal del Instituto Medicina Legal, para el caso de reconocimientos médicos y práctica de exámenes biológicos

4.- Asimismo, se propone la modificación del **artículo 85 del Código Procesal Penal**, que por ahora el artículo vigente es

Artículo 85, inciso 1 del Código Procesal Penal - Decreto Legislativo. 957

1. Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y esta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro que, en ese acto, designe el procesado, o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia.

Se debe modificar de la siguiente forma:

1. Si el abogado defensor no concurre a la diligencia para la que es citado, y esta es de carácter inaplazable será reemplazado por otro

que, en ese acto, designe el procesado, o por uno de oficio, llevándose adelante la diligencia, ***salvo que no se pueda garantizar una defensa técnica eficaz***

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ALEXY, Robert; Teoría de los derechos fundamentales (1986), trad. de E. Garzón Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993, IDEMSA, Lima Perú, 2012.

BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad – Hoc. Segunda Edición, Buenos Aires – Argentina, p. 333, año 2005.

BOBBIO, Norberto; L'età dei diritti, Ed. Einaudi, Turín, 1990.

CAROCCA PEREZ, ALX, La Defensa Penal Pública, Editorial Lexis Nexos. Primera Edición, Septiembre 2002; y del mismo autor “Garantías Constitucional de la Defensa Procesal”, Barcelona 1998.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. ACCESO A LA JUSTICIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: Transparencia y Representación Legal. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Los Sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú. Un análisis comparado. Comisión Andina de Juristas. Octubre 1998. Lima – Perú.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor. “El proceso penal teoría y práctica “. 5ª edición Palestra editores, Lima 2003.

DE LA LAMA, Miguel Antonio. Reglamento de Tribunales. Librería e Imprenta de la Lama. Segunda Edición. 1905.

FERRAJOLI, Luigi; Garanzie, en Parolechiave nro. 19, Ed. Donzelli, Roma, 1999.

FERRUA, Paolo; Studi sul Processo Penale, III, Declino del contraddittorio e garantismo reattivo, Ed. Giappichelli, Torino, 1998.

GARCÍA, Luisa Fernanda y CARVAJAL, Jorge Enrique en: AUTORES VARIOS. El acceso a la justicia entre el derecho formal y el derecho alternativo. Revista El otro Derecho. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Bogotá Colombia. Número 35. Diciembre 2006.

GIMENO SENDRA, Derecho Procesal Penal. (copias),

GUZMÁN DE LÁZARO, Luis F. Nieto. Turno de Oficio y Justicia Gratuita. Editorial La Ley – Grupo Wolters Kluwer. España. Noviembre 2008.

LÓPEZ PULEIO, María Fernanda. “Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente”. Revista latinoamericana de política criminal. Pena y Estado. La defensa pública, 2002.

MANES, Silvia, Diez principios rectores de sistemas de provisión de servicios de defensa pública en Estados Unidos de América, En Revista latinoamericana de política criminal. Pena y Estado. La defensa pública, Buenos Aires – Argentina ,2002.

MARTÍNEZ, Stella Maris *La autonomía de la Defensa Pública como garantía del derecho a una defensa técnica eficaz*, en Revista del Ministerio Público de la Defensa, n° 9.

MINJUS, Protocolo de la defensa pública relativo al acceso de la justicia de jóvenes y mujeres extranjeras privados de la libertad. Colección documento de política n° 13, área: justicia, Lima – Madrid, 2014.

MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. “Enfoques de los recursos impugnatorios en el nuevo Código Procesal Penal. Editorial San Marcos Perú.1ª edición.1994.

ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Estudios de Derecho Procesal Penal”.

PECES-BARBA, Gregorio; Derechos Fundamentales, Ed. Latina Universitaria, Madrid, 1980,

SAN MARTÍN CASTRO, César, Derecho Procesal Penal.Volumen 2, Editora Jurídica Grijley,.octubre 2003.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. “Comentarios al Código Procesal Penal”, IDEMSA LIMA- PERÚ.1994,

WILCHES, Ricardo. Citado en: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Los Sistemas de Defensa Pública en Bolivia, Colombia y Perú. Un análisis comparado. Comisión Andina de Juristas. Octubre 1998. Lima – Perú.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las ideas básicas en la relación defensa pública – estado de derecho, Defensa Pública, Revista Latinoamericana de política criminal, Buenos Aires –Argentina, Setiembre de 2002.

ZUÑIGA ESCALANTE, Jorge Adrián. Defensa Pública y acceso a la justicia constitucional de personas en situación de vulnerabilidad económica, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Perú, 2015.

LINKOGRAFÍA

CASAS DE JUSTICIA. Consulta: 13 de abril de 2014.
<<http://www.casasdejusticia.gov.co/SitePages/inicio.aspx>>

CENTRO DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS – CEJA, Manual de Defensoría Penal Pública para América Latina y el Caribe, 2005,

<http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2005/noviembre/24/manual-defensoria.pdf>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA. Ley N° 941 de 2005 con Resoluciones y Circulares de la Dirección Nacional. Consulta: 15 de abril de 2014. <http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/ley941.pdf>

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA. Consulta: 13 de abril de 2014. <http://www.justiciagratis.es/pjg/home.do>

MINISTERIO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Servicio Estatal de Atención y Protección Integral a Víctimas. Consulta: 13 de abril de 2014. <<http://www.justicia.gob.bo/index.php/noticias/notas-de-prensa/80>

MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA ARGENTINA. Consulta: 13 de abril de 2014. <<http://www.mpd.gov.ar/#>

MINISTERIO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Ley N° 463 – Ley del Servicio Plurinacional de Defensa Pública. Enero 2014. Pág. 9. Consulta 15 de abril de 2014. http://www.justicia.gob.bo/images/stories/pdf/ley_463_senadep.pdf

Ley del Servicio Plurinacional de Defensa Pública. (En: MINISTERIO DE JUSTICIA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, I.V.: El derecho de defensa en el nuevo modelo procesal penal, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, julio 2008. www.eumed.net/rev/cccss

<http://www.monografias.com/trabajos103/defensa-proceso-penal/defensa-proceso-penal2.shtml#conclusioa#ixzz4mxjJX2Xs>

<http://www.monografias.com/trabajos88/vulneracion-derecho-defensa-imputado/vulneracion-derecho-defensa-imputado.shtml#propuestaa#ixzz4mxluYrbH>

<http://www.monografias.com/trabajos93/revision-jurisprudencial-derecho-defensa/revision-jurisprudencial-derecho-defensa2.shtml#conclusioa#ixzz4mxn7fr3R>

<https://www.minjus.gob.pe/defensapublica/interna.php?comando=1031>.

DOCUMENTOS

Acuerdo de entendimiento entre la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, a través de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la AIDEF. [en línea] [consulta: 30 enero 2013].

Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012. Serie C No. 255,

Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, Sentencia del 5 de octubre de 2015 (Fondo, Reparaciones y Costas

María Fernanda LÓPEZ PULEIO, El acceso a un defensor penal y sus ámbitos especialmente críticos, en *Revista del Mercosur, Brasil, 2012* ("su intervención debe ser competente y adecuada").

Decreto Supremo N° 023-83-JUS, de fecha 17 de mayo de 1983 publicado en el Diario Oficial "El Peruano"

Decreto Supremo N° 017-93-JUS, publicado el 20 de agosto de 1993 en el diario oficial "El Peruano"

Sentencias del Tribunal Constitucional N° 050-95-AA/TC y 322-96-AA/TC.