

SOBRE LA FUNCIÓN DEL DEFENSOR PENAL. DEBERES E INMUNIDADES A PROPÓSITO DE UN CORRECTO FALLO

José Raúl HEREDIA

25/09/2015

RESUMEN: La sentencia que anoto acierta en la solución; ella resulta un instrumento útil para dejar sentadas algunas premisas en torno a los deberes e inmunidades del defensor penal, sea este público o de elección. Y para recordar esenciales reglas de garantías que deben imperar siempre en el debido proceso penal.

“Ya en los estudios sobre el proceso civil la figura del defensor permanece en la penumbra, ya que no en la sombra misma. En las obras generales se habla de él en escorzo, casi siempre sin interés: el mismo Chiovenda, de ordinario tan pensador, le dedica algunas páginas simplemente descriptivas (...). / “(...) Así las cosas en materia civil, ¿qué de extrañar tiene que también el defensor penal haya sido descuidado por la ciencia? Ni aun siquiera a Edoardo Massari, decididamente el mejor documentado de los estudiosos de derecho procesal penal, le ha pasado por la imaginación que no esté completo un tratado acerca del ordenamiento de la justicia penal (...), si no se encuentra puesto en él también el defensor (...) es nuestra posición en el proceso lo que la ciencia debe definir a fin de que se tenga entre nosotros conciencia de nuestro valer” [CARNELUTTI].

I. EL CASO

Resuelve la sentencia el sobreseimiento de dos empleados de la Defensoría Oficial del Departamento Judicial de San Martín, a quienes se les imputó el delito de encubrimiento por haber ayudado al imputado a eludir las investigaciones y la acción de la autoridad competente –artículo 277. 1 a),

CP-. Se determinó –y señaló el juez que no era un hecho controvertido por la defensa- que uno de ellos se comunicó telefónicamente con la madre del asistido por dicha Defensoría, quien debía presentarse ante el Juzgado de Garantías de Responsabilidad Juvenil n° 1 del Departamento Judicial de San Martín lo que no hizo ordenándose entonces su detención; surge de esa comunicación telefónica –el teléfono del imputado, obsérvese, estaba intervenido- que ella se hizo por un empleado, a instancias de la secretaria de la Defensoría, para que no se presentara so pena de quedar detenido. A raíz de la intervención del teléfono, dice el juez, “la magistrada pudo hacerse – primero- de la comunicación mantenida entre el empleado del Ministerio Público de la Defensa y su madre, y –después- de la que entabló esta última con su hijo”. Así las cosas, se relata, el “...titular de la UFI 1, encuadró los hechos bajo la figura de encubrimiento agravado y promovió la declinatoria de competencia en razón de la materia. / El juez de garantías hizo lugar al pedido, las actuaciones llegaron a este fuero y, corrida la vista de estilo (artículo 180 CPPN), el (...) titular de la Fiscalía Federal de Tres de Febrero requirió la instrucción”.

El juez sienta como premisa que “el quid de la cuestión sometido a estudio es lisa y llanamente jurídico”. Y se adentra sin más en el examen de la posición institucional y los deberes del Ministerio Público de la Defensa; pone de relieve la autonomía de la defensa pública como exigencia republicana en el derecho constitucional argentino y recuerda que el Ministerio Público es una institución bicéfala que está integrada por la Procuración General y la Defensoría General de la Nación, cuyas funciones son concretar la política persecutoria y ejercer la defensa de los ciudadanos, respectivamente. Y, en decisiva conclusión, subraya que no tienen que pesar sobre el Ministerio Público de la Defensa deberes y obligaciones que de cualquier modo se encuentren emparentados con la política persecutoria del Estado. “Esto, no solo porque se trata de una función exclusiva y excluyente del Ministerio Público Fiscal; sino porque el propio sistema de justicia pretende –cual fin en sí mismo e independientemente de procurar que ningún hecho grave quede impune- que todo ciudadano sometido a proceso penal reciba una defensa

adecuada y eficaz; lo que mal podría concretarse –valga reiterarlo– si el ejercicio de ella tuviera que ceder frente a la pretensión punitiva del Estado”.

Es particularmente importante esta aseveración: “...la pretensión (...) de esperar o exigirle al Ministerio Público de la Defensa que cumpla funciones requirentes no deriva de ningún texto legal; sino de **prácticas propias del modelo inquisitivo que siguen calando hondo en el Poder Judicial** y que han generado que se le atribuya a la defensa –implícitamente– el rol de ‘auxiliar de la justicia’. El Ministerio Público de la Defensa, añade, “no tiene obligaciones que puedan emparentarse con la función requirente – propia de la acusación– o jurisdiccional –cual órgano colaborador o auxiliar de justicia–; al tiempo que debe anteponer en todo momento los intereses de sus asistidos, y ejercer adecuada y eficazmente la defensa; lo que en materia penal bien podría resumirse en velar desde el vamos por la libertad ambulatoria, luego por el sobreseimiento y, en última instancia, por la condena menos rigurosa o aflictiva para sus defendidos”.

De tal modo, concluye el juez, “estoy en condiciones de aseverar que si se hubiese ejercido una actitud pasiva –o en rigor condescendiente– con relación al pedido de detención se habría vulnerado lisa y llanamente el derecho de (X.X) a obtener una asistencia técnica adecuada y eficaz, y consecuentemente el rol institucional y los deberes del Ministerio Público de Defensa”.

II. COMENTARIOS

1. Es del todo correcto que el juzgador haya entendido que les resultaban aplicables a los empleados imputados las prerrogativas de la Defensoría. Subrayo este párrafo de la sentencia: “...un asunto de esta especie no puede circunscribirse a una cuestión de ‘cargos’, sino de ‘funciones’. “Justamente, el Ministerio Público de la Defensa –más allá de las atribuciones y potestades especiales que impone cada cargo– se encuentra estructurado jerárquicamente a fin de cumplimentar sus funciones específicas, y para el diseño y ejecución de políticas de defensa pública y acceso a la justicia (artículo 4° ley 27.149). “Por lo que es irrelevante –en

particular para el eventual imputado— que el servicio de defensa lo haya ofrecido un magistrado, funcionario o empleado”.

2. En línea con el pronunciamiento, cito lo que apunté hace unos años ya¹: Acaso sea pertinente remarcar que el defensor no es -ni puede pretender ser tal- un órgano independiente de la Administración de Justicia que actúa como su ayudante, concepción sostenida en la doctrina alemana sobre la base del parágr. 1 de la BRAO (Ley Federal Alemana sobre la Abogacía); de allí deducen algunos autores que el defensor "está obligado a la verdad y justicia"².

Es, desde luego, un auxiliar de la justicia y tiene independencia respecto de los tres Poderes pero su rol en el proceso penal lo vincula absolutamente a los intereses de su defendido: está compelido a utilizar todos los medios técnicos a su alcance para lograr la absolución del cliente -aun conociendo su culpabilidad- o, en su defecto, la sanción menos gravosa. Recordamos este pensamiento de *Ricardo Núñez*: "el imputado no está constreñido por la obligación de respetar lo que se llama la 'verdad real' y el defensor que por un puritanismo lo obliga a no apartarse de ella, será un traidor a su oficio que le prohíbe delatar a su defendido o aceptar que éste se delate por su inexperiencia"³.

3. Me interesa destacar aquí que la Constitución de la Provincia del Chubut [1994] consagra la *defensa de la defensa* en cuanto dispone que cualquier menoscabo a la intervención efectiva del defensor constituye una lesión a la defensa en juicio [artículo 45 C.Ch.], en una previsión reclamada por las *Jornadas Forenses del Chubut* en su segunda edición –Esquel, 1982-, que ya tuvo recepción positiva en el artículo 8 del CPrPenCh [(sistema mixto) ley 3155] incorporado íntegramente por la Comisión revisora creada por el

¹ En EL DEVENIR DEL ENJUICIAMIENTO PENAL, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.

² Según informa Gómez Colomer en La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal, ps. 25/26 y nota 11.

³ Citado por *Cafferata Nores* en "Declaración del imputado incomunicado y asistencia técnica previa de su defensor", en L.L., t. 1979-D, p. 525, nota 4.

Decreto 09/88 (...). Es lo que hemos denominado *inviolabilidad y dignidad del defensor* en base a lo que dispone el artículo 45 C.Ch.⁴.

4. Es particularmente esencial detenerse en un aspecto que relaciona el fallo: la interceptación de la comunicación entre la Defensa y el imputado. Esto hace nula la imputación. Se viola la siguiente regla de garantía: **en ningún caso podrán interceptarse las comunicaciones telefónicas del imputado con sus defensores**⁵⁻⁶. Así se previene en diversos ordenamientos de nuestro país y en el derecho comparado; particularmente en la Provincia del Chubut se ha establecido expresamente a nivel de su Constitución y del Código sancionado en 2006 [Art. 181, CPrPen.: “No se podrán interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado defensor (Artículo 45, II y III, C.Ch.)”. Solo memoro, entre otros instrumentos, que el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona acusada de un delito durante el proceso tendrá derecho a unas garantías mínimas, entre las cuales se encuentra la de disponer del tiempo y de los

⁴ V. HEREDIA, J. R., *La Reforma en la Provincia del Chubut*, c.e.i.pa, Ed. Del Copista, Córdoba, 1995, parágr. 47.4, pp. 180 y ss. “En línea psicológica, lo que la experiencia enseña a los juristas, y en mayor medida a los cultores del derecho penal, es *el valor de la duda en el descubrimiento de la verdad*; y al mismo tiempo el contenido *esencialmente dualístico* de este concepto. Una vez captada esta verdad, la luz está hecha; y con ella, afirmadas finalmente la naturaleza y la dignidad del defensor (...). / La exigencia de la defensa hunde sus raíces en las inexplorables profundidades del mecanismo de la conciencia. La dignidad del defensor, decía, se eleva justamente, pero se agrava no menos la responsabilidad de él” [*Carenlutti*, Cuestiones sobre el Procedimiento Penal, traducción de Santiago Sentías Melendo, ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1961, p. 223].

⁵ Remito al excelente trabajo de derecho comparado “*Las escuchas telefónicas entre abogado defensor y cliente en una comparación internacional*”, por Teresa Manso Porto [en *Rev. española Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII (2012) 39-95 (www.usc.es/revistas/index.php/epc)]. V. igualmente *La intervención de las comunicaciones telefónicas*, por Anna Marco Urgell, Fac. de Derecho, Univ. Autónoma de Barcelona, Belaterra, octubre de 2010, esp. Punto 4.1.4.2, en p. 93.

⁶ Regla que admite en algunas legislaciones limitaciones extraordinarias, como en el caso de terrorismo. Destaqué en *EL DEVENIR...*: “La Ley de Introducción a la Ley Orgánica de los Tribunales Alemana (...), en su parágrafo 31, incluye las comunicaciones escrita y oral con el defensor, en el supuesto de existencia de peligro actual para la vida, integridad física o libertad de una persona proveniente de una asociación terrorista (Gómez Colomer, *El Proceso Penal Alemán-Introducción y Normas Básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 501); pero expresamente se refiere la norma a las comunicaciones de los presos que hayan sido condenados con fuerza de cosa juzgada por un hecho punible del parágrafo 129.a del Código Penal (entre los crímenes y delitos contra el orden público, la asociación ilícita) o a las de quienes están sospechados de haber cometido uno de esos hechos punibles, o cuando medie conexión con algún hecho del parágr. 129.a. Termina diciendo la disposición: “La constatación se limitará a presos concretos o a grupos de presos cuando ello sea suficiente para evitar el peligro. La constatación se adoptará según la debida discrecionalidad” (según la traducción de Gómez Colomer, ob. cit., pp. 501-502; v. Maier, O.P.P., p. 63).

medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección. La interceptación de las comunicaciones entre el imputado y su defensor constituye una gravísima infracción al derecho de defensa y al debido proceso penal, así como a la inviolabilidad de la dignidad del defensor y su derecho-deber de guardar secreto. Como se ha dicho con acierto “la efectividad del derecho de defensa no sólo depende del reconocimiento del derecho a recibir los servicios de un abogado, sino también de que este profesional goce de los medios y prerrogativas necesarias para el libre ejercicio de su función...”. “Entre las obligaciones de los Abogados figura el de secreto profesional (...) –lo que legitima la intervención del Decano en las diligencias de registro de los despachos profesionales–, de celo y de diligencia en la defensa que le sea encomendada (...). Asimismo, les asiste el derecho a ejercer la defensa con libertad e independencia y con pleno respeto a su función (...), lo cual implica el reconocimiento de una serie de garantías entre las que figura necesariamente la confidencialidad de las comunicaciones entre Abogado y cliente”⁷. La autora citada pone de resalto **la dimensión pública del secreto profesional del abogado.**

5. Convendrá ahora acudir a las prerrogativas constitucionales y convencionales de que gozan los abogados especialmente en materia penal. La razón de la mayor protección que a ellos se les dispensa, internacionalmente reconocida, tiene vinculación con su rol en el proceso y en general porque los abogados son –deben ser- verdaderamente independientes de los poderes del Estado ante los que deben presentarse y peticionar y hasta cuestionar los abusos y excesos del poder.

A) Remito a los “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 p. 118 (1990)”.

⁷ V. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES CON EL ABOGADO DEFENSOR EN LA NUEVA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, por INMACULADA LÓPEZ-BARAJAS PEREA, UNED.

En el apartado “**Obligaciones y responsabilidades**”, puede leerse: “/ 13. Las obligaciones de los abogados para con sus clientes son las siguientes: / a) Prestarles asesoramiento con respecto a sus derechos y obligaciones, así como con respecto al funcionamiento del ordenamiento jurídico, en tanto sea pertinente a los derechos y obligaciones de los clientes; / b) Prestarles asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para **protegerlos o defender sus intereses**; / c) Prestarles asistencia ante los tribunales judiciales, otros tribunales u organismos administrativos, cuando corresponda. / 14. Los abogados, al proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia, **procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia**, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión. / 15. Los abogados **velarán lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes**.

En el apartado titulado “**Garantías para el ejercicio de la profesión**”, se previene: “/ 16. Los gobiernos garantizarán que los abogados: a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales **sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas**; (...) y c) **no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión**. / 17. Cuando la seguridad de los abogados sea amenazada a raíz del ejercicio de sus funciones, recibirán de las autoridades protección adecuada. / 18. Los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones (...) / 20. **Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal** por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo...”. [*Destacados míos*].

B) De igual modo cabe remitir a la **CARTA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA DEFENSA** -UNION INTERNACIONAL DE ABOGADOS (UIA), a la que pertenece la FACA-. Ya se lee en su **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**: / La

Unión Internacional de Abogados ha tomado la iniciativa de una consulta mundial de los Colegios de Abogados para elaborar la presente Carta. / Una Carta relativa a los derechos de la defensa debe inscribirse en el conjunto de los textos internacionales, Pactos de Nueva York y Convenios regionales que fijan las reglas mínimas y las garantías fundamentales en materia de protección de las libertades y de las normas del proceso equitativo. / En efecto, no puede separarse la independencia de los Jueces de la de los Abogados. Ambas son interdependientes. Tampoco se pueden separar los derechos de la defensa de los derechos de los justiciables. **La inmunidad del Abogado tiene como presupuesto y como límites la salvaguardia de los derechos de los justiciables...**".

Entre los **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES**, consagra: / ARTÍCULO 1. El derecho a la justicia y a un proceso equitativo es un derecho fundamental reconocido por todos los documentos o instrumentos convencionales internacionales. / El derecho a la defensa es uno de los pilares indispensables para una correcta administración de justicia. / Esta es inseparable de la independencia de la justicia: si no existen tribunales independientes e imparciales no es posible la protección efectiva de los justiciables. / ARTÍCULO 2. La defensa efectiva de los justiciables es el medio necesario y la regla esencial para asegurar la salvaguardia de los derechos fundamentales. / ARTÍCULO 3. Cualquier persona debe poder ejercer sus derechos ante la justicia lo que conlleva el derecho a un tribunal y un derecho efectivo de acceso al mismo (en el sentido reconocido por el Derecho Internacional Público). / Cualquier persona tiene derecho en plena igualdad a que su causa sea vista pública y equitativamente por un tribunal independiente e imparcial que se pronuncie tanto sobre sus derechos y obligaciones, como sobre el fundamento de toda acusación en materia penal y civil dirigida contra ella o que cause perjuicio a sus bienes; todo ello respetando la igualdad de armas entre la Acusación y la Defensa. /... ARTÍCULO 5. **La intervención del abogado debe ser efectiva**, lo que implica para este el deber de proporcionar en el cumplimiento de su misión la competencia y la diligencia necesarias..."

Añade en el apartado **III – LA DEFENSA**: / ARTÍCULO 12. **Principios fundamentales de la defensa penal** / Una defensa libre supone la libertad

del defensor: el abogado que represente a un acusado en un asunto penal debe tener la posibilidad de preparar libre e íntegramente una defensa de acuerdo con las exigencias de la justicia, de comunicarse libremente con el acusado y de informar sin estar condicionado por las instrucciones de un órgano o partido oficial, sin encontrarse bajo la amenaza de sufrir una limitación arbitraria de su capacidad profesional, sin estar amenazado en su vida privada, en su vida familiar ni en sus bienes **y sin ser interceptado en sus comunicaciones en el ejercicio de la defensa...**

Se agrega en el ARTÍCULO 13: (...) En el cumplimiento de sus deberes, el abogado ha de actuar en todo momento, en toda libertad, **con diligencia y valentía**, conforme a lo establecido en la ley, sin violar nunca su propia conciencia y respetando la voluntad de su cliente y la deontología de la profesión de abogado, sin preocuparse de las restricciones o presiones a las cuales le puedan someter las autoridades o el público...” Y repite: “...**un abogado goza de inmunidad civil y penal** por las declaraciones que haga de buena fe en sus informes, escritos u orales o en el ejercicio de su profesión ante una jurisdicción, un tribunal u otra autoridad judicial o administrativa...”.

Como un principio general el ARTÍCULO 14 prevé que “Deben garantizarse a los Abogados todos los derechos necesarios para el ejercicio efectivo de sus responsabilidades profesionales...”. Y en especialísima previsión, dice “...**Los abogados ejercen una función esencial para la representación y exposición de los derechos y quejas en la sociedad y por ello deben gozar de la libertad de asociación, creencias, opinión y expresión...**”. [*Destacados míos*].