

PRESENTAN DICTAMEN SOBRE PROYECTO DE REFORMA AL SERVICIO PROVINCIAL DE DEFENSA PUBLICA

A la Sra. Presidenta de la Cámara de
Diputadas y Diputados de la
provincia de Santa Fe
Diputada Clara García
S / D.

Quien suscribe, Nicolás Omar Vargas¹, en representación de la Asociación Pensamiento Penal, viene a presentar este dictamen con relación al proyecto de ley remitido a esta Legislatura por el Poder de Ejecutivo de la Provincia de Santa Fe (Mensaje 5064/23) presentado el 14 de diciembre de 2023 que pretende modificar la Ley 13.014, que regula al Servicio Público Provincial de Defensa Penal.

El proyecto propone modificar la actual redacción del artículo 32 de la ley mencionada, estableciendo la tercerización de los servicios que presta la defensa pública, delegando para ello la demanda de esos servicios en estudios jurídicos privados, a partir de un esquema de asignación de casos y de pago de honorarios. Asimismo, el proyecto pretende una sensible reducción del número de defensores y defensoras públicos que actualmente integran el cuerpo.

La Asociación Pensamiento Penal es una entidad civil sin fines de lucro integrada por operadores y operadoras del sistema penal (jueces, juezas, fiscales, fiscalas, defensores, defensoras, abogados y abogadas de la matrícula, peritos, peritas, docentes y estudiantes) de todo el país, cuyos principales objetivos son la promoción, el respeto y resguardo de los derechos humanos. En este sentido, cabe remitir al artículo segundo de nuestro estatuto, que fija el objeto social. Particularmente a los incisos *a*, que habla de procurar mediante acciones positivas el afianzamiento de la justicia y de las instituciones democráticas del país, *e* (Propender al progreso de la legislación en general y en particular la penal a fin que responda a la plena vigencia de los derechos humanos y el respeto de la dignidad individual) y *h* (Pronunciarse sobre leyes, proyectos de leyes, ordenanzas, decretos o cualquier documento normativo, que

¹ Es abogado (Universidad Nacional de Lomas de Zamora), magister y doctor en derechos humanos (Universidad Nacional de Lanús). Autor del libro *La defensa pública en América. Genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana* (Ediciones Olejnik, 2023) y de la investigación *Defensa pública y autonomía* (Edunpaz, 2023b). Docente de grado, posgrado e investigador de la Universidad Nacional de José C. Paz, donde dirige la investigación *La realización de los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública desde una perspectiva federal, correspondiente a la programación 2023-25 de los programas de investigación y desarrollo de esa Universidad*. Defensor público coadyuvante de la Defensoría General de la Nación. Correo electrónico: nicolasvargas7@gmail.com

traten directa o indirectamente temas relativos al derecho penal, los derechos humanos, torturas o medidas de seguridad).

La primera parte de esta presentación estará dedicada a dar cuenta de los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública y porque deben ser observados por las provincias. Seguidamente se analizará como el proyecto bajo estudio va contra esos estándares. Más allá de esas objeciones de índole constitucional y convencional en otro punto se dará cuenta, a partir del análisis del sistema chileno de defensa pública, sobre los problemas de funcionamiento y calidad del servicio que genera su tercerización. Por último, se indicará que la reforma propuesta va a contramano de las tendencias locales como regionales en torno al fortalecimiento de los sistemas de defensa pública.

Todas estas cuestiones, que serán acabadamente desarrolladas, dan cuenta, según nuestro criterio de la inconveniencia de avanzar en la sanción del proyecto.

I. Obligaciones emergentes del derecho constitucional como del derecho internacional de los derechos humanos relativas a la defensa pública

De acuerdo al artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos *“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 inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley.”*, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 14.3 que: *“Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] d. a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.”*

También es harto conocida la disposición de la Constitución Nacional, contenida en su artículo 18, que garantiza el ejercicio del derecho a la defensa en juicio de la persona y los derechos, mientras que la Constitución de Santa Fe hace lo propio en el catálogo de garantías enumeradas en su artículo noveno al establecer que nadie puede ser privado del derecho a la defensa.

Naturalmente, el derecho a la defensa, cuya titularidad se encuentra en cabeza de la persona que es acusada en un proceso penal, en su faz técnica debe ser abastecido por el o la profesional elegido por quien es imputado, pero en caso de no

contar con acceso a un profesional de confianza o ante la carestía de medios económicos para contratar uno, es misión ineludible del Estado proporcionarle un defensor o defensora, cuya actuación debe satisfacer las exigencias que hacen a la defensa técnica eficaz.

En lo que hace a la defensa pública, desde la incorporación del artículo 120 al texto de la Constitución Nacional hace ya casi tres décadas se dispone que el Ministerio Público, integrado por un procurador general y un defensor general, es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera.

Del derecho internacional de los derechos humanos surgen una serie de obligaciones relativas a la defensa pública que deben ser seguidas por los estados. Se trata, a fin de cuentas, de una cuestión que hace al respeto de los derechos humanos, lo que se advierte a simple vista dado que esas obligaciones surgen del texto, y la interpretación, que se hace de las normas antes transcritas que integran el bloque de convencionalidad.

A partir del fallo “Ruano Torres”, y su réplica en los casos “Martínez Coronado”, “Girón” y “Manuela”, se estableció cuáles son las garantías funcionales con que debe contar la defensa pública, remarcando su importancia como institución que garantiza el ejercicio del derecho a la defensa en juicio, lo que llevo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a sostener que:

“...nombrar a un defensor de oficio con el sólo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza. 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 inculpado de delito de ser asistido por un defensor, sea dotada de garantías suficientes para su actuación eficiente y en igualdad de armas con el poder persecutorio. La Corte ha reconocido que para cumplir con este cometido el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Entre ellas, contar con defensores idóneos y capacitados que puedan actuar con autonomía funcional.”²

Y el estándar interamericano sobre defensa pública se termina de completar, cuando se afirma que:

² Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Parr. 157, Caso Martínez Coronado vs. Guatemala, Parr. 83, Caso Girón y otro vs. Guatemala, Parr. 101, y Caso Manuela y otros vs. El Salvador, Parr. 122.

“Toda vez que la defensa pública corresponde a una función estatal o servicio público, pero aún así se considera una función que debe gozar de la autonomía necesaria para ejercer adecuadamente sus funciones de asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses del imputado, la Corte estima que el Estado no puede ser considerado responsable de todas las fallas de la defensa pública, dado la independencia de la profesión y el juicio profesional del abogado defensor. En este sentido, la Corte considera que, como parte del deber estatal de garantizar una adecuada defensa pública, es necesario implementar adecuados procesos de selección de los defensores públicos, desarrollar controles sobre su labor y brindarles capacitaciones periódicas.”³

En el Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puso el foco en la autonomía de la defensa como así también en la necesidad de que cuente con los mismos poderes que la fiscalía al exhortar a los Estados a que otorguen en su legislación autonomía funcional, administrativa y financiera a la defensa pública, procurando que haya igualdad funcional con la fiscalía y que los defensores tengan estabilidad en sus puestos, de manera tal que la defensoría pública tenga la misma capacidad institucional de gestión de procesos que la fiscalía⁴. Ese mismo organismo entendió que la dependencia de la defensa pública a otras instituciones o poderes públicos puede redundar en presiones hacia los defensores que afecten la calidad y eficiencia de su defensa técnica; como así también señaló la importancia de que la institución participe en la elaboración del su presupuesto, como en la ejecución del mismo⁵. Es por ello que en las conclusiones de ese informe se propició que se asegure la independencia funcional de la defensa pública como también que cuente con los recursos suficientes para llevar adelante su misión.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU en su informe final relativo a la Argentina del 22 de marzo de 2010 sostuvo en su observación número veinte que advertía con preocupación que la defensa pública, pese a tener a su cargo la defensa de un alto porcentaje de las personas procesadas, no cuenta con los medios necesarios para proporcionar en todos los casos asistencia jurídica adecuada; y también se advirtió que pese a la consagración constitucional de la autonomía no está garantizada en todas las provincias, lo que impacta, de manera negativa, en la calidad del servicio. Por ello, se sostuvo que se debe asegurar que la defensa pública proporcione, desde la

³ Caso Ruano Torres vs. El Salvador, Parr. 157, Caso Martínez Coronado vs. Guatemala, Parr. 83, Caso Girón y otro vs. Guatemala, Parr. 100 y Caso Manuela y otros vs. El Salvador, Parr. 124.

⁴ Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, Parr. 231.

⁵ Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia, hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas, Parr. 45 a 55.

detención, un servicio que sea oportuno y efectivo en pos de la protección de los derechos de toda persona acusada; como también se remarcó la necesidad de garantizar la independencia presupuestaria y funcional con relación a otros órganos del Estado⁶. Ese mismo organismo insistió con la necesidad de dotar a la defensa pública de autonomía y recursos suficientes en otro informe posterior, al insistir en que la falta de autonomía funcional y presupuestaria de la defensa pública afecta la calidad del servicio que presta, por lo cual se remarcó en que los esfuerzos del Estado deben estar orientados en asegurar ello como también que la defensa cuente con los recursos suficientes y necesarios para cumplir su función⁷.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Independencia de los Magistrados y Funcionarios, por su parte, en su informe del año 2013 exhortó a los estados a que establezcan sistemas de asistencia legal que sean eficaces y sostenibles para que las personas vulnerables puedan acceder en forma rápida a los instrumentos para garantizar sus derechos⁸. En los Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el acceso a la asistencia judicial en los sistemas de justicia penal, aprobados por el Consejo Económico y Social de ese organismo, se estableció en el segundo principio relativo a las responsabilidades estatales que la prestación de asistencia judicial es un deber y una responsabilidad, por lo que los estados deben sancionar legislación específica y velar por la existencia de un sistema de asistencia judicial completo que sea asequible, eficaz, sostenible y digno de crédito. Por otra parte, el estado no debe inmiscuirse en el modo en que la defensa es llevada adelante ni en la independencia de quién provee esa asistencia legal.

Los estándares constitucionales y convencionales en torno a la defensa pública pueden ser presentados del siguiente modo:

1) Institucionalidad. Este primer requisito hace a la necesidad de que exista un cuerpo permanente de abogados y abogadas, dentro de la estructura estatal, que desempeñen de modo exclusivo la función de defensores públicos. Esta exigencia descarta así toda posibilidad de que la prestación del servicio de defensa pública pueda reposar en profesionales independientes que son contratados para cada caso ni tampoco que pueda ser llevada adelante por profesionales que asumen casos como una carga de trabajo honorífica.

⁶ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Examen de los informes presentados por los estados parte con arreglo al artículo 40 del pacto aprobado por el Comité de Derechos Humanos durante el 98º periodo de sesiones en Nueva York que tuvo lugar del 8 al 26 de marzo de 2010.

⁷ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Examen de los informes presentados por los estados parte en virtud del artículo 40 del pacto durante el 117º periodo de sesiones que tuvo lugar del 20 de junio al 15 de julio de 2016.

⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe de la relatora sobre la independencia de los magistrados y abogados, 15 de marzo de 2013.

2) Autonomía. La autonomía debe considerarse desde el punto de vista operativo porque permite que la defensa oficial lleve adelante todos los actos necesarios para cumplir su labor sin depender de otra institución, desde el punto de vista de la gestión porque implica que la defensa pueda solicitar informes, acceder a archivos o recolectar pruebas y desde el punto de vista financiero porque implica que la defensa pueda acceder a sus propios recursos. En resumen, la autonomía implica que la defensa pública no depende funcionalmente de otro organismo o autoridad.

3) Carrera. También debe asegurarse la existencia de una carrera, es decir que se implementen adecuados mecanismos de selección para quienes se desempeñen en la institución, y especialmente para quienes sean defensores o defensoras públicos. Esta exigencia no solo permite que los mejores cuadros técnicos ejerzan las funciones de mayor responsabilidad sino que también funciona como un reaseguro de la eficiencia y calidad del servicio.

4) Capacitación. Los defensores y los defensores deben tener la posibilidad de acceder a mecanismos de capacitación que les permitan contar con herramientas que faciliten el ejercicio de la defensa técnica. Así, la capacitación es un derecho, y a la vez un deber para quienes integran la defensoría pública, porque la actividad del litigante requiere de permanente actualización y estudio. Por ello, la oferta de capacitación que deben brindar las instituciones de defensa pública para sus integrantes deben estar orientadas hacia el trabajo que ejerce la defensoría.

5) Igualdad de armas. Para que la defensa pública pueda cumplir del modo adecuado con su función debe imperar la igualdad de armas. En el marco del proceso penal, y particularmente del proceso penal acusatorio, igualdad de armas significa que la defensa cuente con los mismos medios para realizar su trabajo que la acusación. En términos más generales, significa que la defensa pueda solicitar informes, realizar pericias o cualquier acción que sea necesaria para el cumplimiento de su función; inclusive en el marco de negociaciones extrajudiciales o ya sea brindando asesoramiento para facilitar el acceso a la justicia.

6) Control efectivo. Si bien quien ejerce la defensa técnica desde la defensa pública debe contar con independencia para el ejercicio de su función, su actuación debe ser controlada, tanto por los órganos judiciales, que deben advertir si hay un supuesto de defensa técnica ineficaz, como también deben existir mecanismos de control y rendición de cuentas hacia el interior de la misma defensoría como institución. Corresponde aclarar que mientras la independencia funcional hace a la libertad de convicción de quienes ejercen la defensa pública y permite el libre ejercicio de sus funciones, la autonomía institucional hace a la falta de vinculación de la defensa pública con los otros poderes del Estado. Esta cuestión fue particularmente señalada en el caso Girón, donde se afirmó que para resguardar la relación de

confianza que debe existir entre el defensor oficial y la persona acusada, deben existir mecanismos ágiles que permitan que quien es imputado pueda pedir que se evalúe el nivel de su defensa⁹.

En resumen, estos estándares hacen a las garantías funcionales con que la defensa pública debe contar. Se trata de garantías funcionales porque justamente tienen por finalidad esencial dotar a la institución de las condiciones necesarias para cumplir adecuadamente con su función.

II. La obligación de los estados provinciales de respetar esos estándares

Llegada esta instancia se verá porque el proyecto que se propone es incompatible con los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública, pero antes es necesario explicar porque esos estándares deben ser observados por los estados provinciales. Esta obligación surge por una doble vía. Por un lado, por el diseño de nuestro federalismo, conforme al cual las provincias deben asegurar su sistema de administración de justicia respetando los principios, declaraciones y garantías del texto constitucional (Artículo 5 de la Constitución Nacional). Por otro lado, por la aplicación de la llamada clausula federal, conforme a la cual los estados subnacionales deben observar el contenido del derecho internacional de los derechos humanos (Art. 28 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otras normas).

La Constitución Nacional adoptó el sistema federal, lo que implica, en lo que aquí nos interesa, que cada provincia organiza su propio sistema de administración de justicia, se da sus propias instituciones judiciales y sanciona sus propios códigos de procedimiento. A partir de ello, cada estado provincial debe organizar su propio sistema de defensa pública, pero no puede hacerlo de cualquier modo; debe respetar las pautas que surgen del texto constitucional de acuerdo a las cuales la defensa pública debe ser dotada de autonomía y autarquía.

Sin lugar a dudas, el diseño del federalismo argentino, que como cada federalismo tiene sus propias particularidades, es un factor que complejiza la situación, en tanto se interseccionan cuestiones que hacen a la autonomía de las provincias y el modo en que organizan sus instituciones con cuestiones vinculadas al respeto de los principios contenidos en la Constitución Nacional. Se trata de un terreno no exento de tensiones, e inclusive contradicciones. Si bien hasta ahora la Corte Suprema de Justicia de la Nación no tuvo oportunidad de expedirse en ningún caso donde se discuta la adecuación de un servicio público provincial de defensa pública a las pautas de la Constitución Nacional si lo ha hecho en otros casos donde

⁹ Caso Girón y otro vs. Guatemala, Parr. 90.

existía una contradicción entre una norma provincial y las pautas de la Constitución Nacional en lo que hace a la organización del sistema de administración de justicia.

En un caso declaró inconstitucional el nombramiento de tres jueces realizado en comisión y en forma directa por el Poder Ejecutivo de una provincia sin que intervenga el Poder Legislativo para dar acuerdo como lo exige la Constitución Nacional¹⁰. En otro caso declaró inconstitucional un artículo de una constitución provincial que establecía la edad de jubilación de los jueces a los 65 años de edad, cuando la Constitución Nacional permite que sigan en sus funciones hasta los 75 años de edad¹¹. Y en otra oportunidad afirmó que los salarios de los jueces no pueden ser indexados por un estado provincial porque ello lo impide la garantía de intangibilidad de los salarios prevista en la Constitución Nacional¹². De ese modo, desde el regreso de la democracia, en el año 1983, se ha ido afirmando una línea jurisprudencial que ha ido impugnando aquellas normas y disposiciones provinciales, incluidas algunas contenidas en sus textos constitucionales, que no respetaban los principios, derechos y garantías y la forma de gobierno establecida por la Constitución Nacional¹³, entre las que se encuentran las que hacen a la organización de los sistemas de administración de justicia.

A partir de ello, puede afirmarse que darle autonomía e independencia a la defensa pública no es una posibilidad que tienen las legislaturas locales, sino que es una obligación que tienen en virtud de la teoría republicana constitucional relativa al sistema de administración de justicia¹⁴. Esto no implica, de ninguna manera, que las instituciones provinciales deban ser un calco o una copia de las previstas en la Constitución Nacional, pero sí que en esa búsqueda de la unidad en la diversidad que implica el federalismo argentino¹⁵, los estados provinciales deben respetar los

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Recurso de hecho deducido por los actores en la causa Sueldo de Posleman, Mónica R. y otra s/acción de amparo – medida de no innovar – inconstitucionalidad, Fallos 310:804.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Iribarren, Casiano Rafael c/Provincia de Santa Fe s/acción declarativa, Fallos 332:1253.

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Chiara Díaz, Carlos Alberto c/ Estado provincial s/ acción de ejecución, resuelta el 7 de marzo de 2006.

¹³ Spota, Alberto (h). Las constituciones de provincia y el control de constitucionalidad. En SABSAY, Daniel (director), Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencia, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2009, p. 280.

¹⁴ Fernández, Diego Lucas. La autonomía de la defensa pública como existencia republicana en el derecho constitucional argentino. En Gauna Alsina, Fernando (coordinador), Por una agenda progresista para el sistema penal, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014, p. 179.

¹⁵ En su voto conjunto en el fallo “Chiara Díaz” los jueces Zaffaroni y Lorenzetti sostuvieron que las provincias deben respetar la sustancia de los principios de la Constitución, pero que ello no es un impedimento para que, por la esencia del federalismo, las provincias ensayen su propia búsqueda para diseñar, mantener y perfeccionar sus sistemas de administración de justicia locales, agregando que muchas

lineamientos que brinda la Constitución Nacional, entre los que se encuentra dotar a la defensa pública de autonomía y autarquía.

En cuanto a la clausula federal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que:

“...el artículo 27 de la Convención contempla el deber general de los Estados Partes de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, esta Corte ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. En relación con el artículo 28, el Tribunal ha establecido que "según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir con una obligación internacional"”¹⁶

De ese modo, la conformación de un estado bajo el federalismo no es una excusa para que los estados subnacionales se desentiendan del cumplimiento de los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que nuestro país se comprometió a observar ante la comunidad internacional.

III. Incompatibilidad del proyecto con los estándares constitucionales y convencionales sobre defensa pública

Tradicionalmente la doctrina jurídica divide o clasifica a los sistemas de defensa pública como caritativos, es decir aquellos en los cuales la defensa se confía a profesionales que deben tomar los casos de forma gratuita, organizados bajo el modelo *iudicare*, de acuerdo al cual se contratan profesionales de acuerdo a cada caso,

veces los desarrollos del constitucionalismo local o provincial terminan siendo una fuente para el constitucionalismo nacional.

¹⁶ Caso Gorioitía Vs. Argentina, Parr. 55.

y, por último, dispuestos bajo el sistema del *staff*, conforme al cual la defensa pública se organiza como una estructura permanente en la estructura estatal¹⁷.

Todo lo visto hasta aquí nos permite afirmar que el modelo que se compadece con las exigencias constitucionales y convencionales sobre la materia es el sistema del *staff*. Y partiendo de esa afirmación se puede decir que solo se debería aceptar la contratación de profesionales externos al Servicio de Defensa Pública para casos concretos y ante determinadas circunstancias, excepcionales, que no permitan cubrir esa necesidad con los recursos con que cuenta con la defensa.

De lo contrario, la institucionalización de la tercerización de una gran parte de los servicios que brinda la defensa pública, como la que se propone, no solo implica un debilitamiento de su institucionalidad al balcanizar la prestación del servicio, sino que pone en crisis el cumplimiento del resto de los estándares ya reseñados.

Se debe decir que el modelo *judicare*, si bien se destaca por la posibilidad de poder ofrecer respuestas personalizadas a cada caso en función del profesional que se contrata, tiene varios puntos débiles, como lo son el poco control que hay sobre el trabajo realizado, la falta de planificación, los problemas para determinar el valor de los honorarios y el financiamiento del sistema; y el hecho de que solo se activa cuando hay un litigio¹⁸. Además, Sousa Santos agrega que este modelo, surgido en Inglaterra a mediados de la década del 70, si bien fue una superación del modelo honorífico, presenta algunas limitaciones, tales como que la actuación se centra en el litigio individual perdiendo así la mirada colectiva como así también, si bien vence los obstáculos económicos vinculados al acceso a la justicia no hace lo propio con los obstáculos de tipo social¹⁹. Asimismo, en función de los problemas para determinar el valor de los honorarios que existe en este sistema, puede suceder que aquellos profesionales que sean contratados para llevar casos pongan mayores esfuerzos en otros casos que les den un mayor rédito económico, situación que no sucede cuando la defensa técnica es puesta en cabeza de defensores públicos.

En cambio, bajo la organización bajo el modelo del *staff* la defensa pública es asimilable a un gran estudio jurídico, cuya actuación puede generar avances jurisprudenciales en cuestiones vinculadas al ejercicio de derechos y garantías²⁰. Tampoco puede dejar de mencionarse lo importancia que tiene una defensa pública

¹⁷ López Puleio, María Fernanda. Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente. En Revista Pena y Estado, Año 5, nº 5, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002, p. 40, y Maier, Julio B. J. Derecho procesal penal II, Parte general, sujetos procesales, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 232.

¹⁸ Molina, Gonzalo Javier. Defensa pública en la provincia del Chaco, Editorial Contexto, Resistencia, 2014, p. 35.

¹⁹ Sousa Santos, Boaventura de. De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad. Siglo del Hombre Editores – Ediciones Uniandes, Santa Fé de Bogotá, 1998, p. 207.

²⁰ López Puleio, María Fernanda. Justicia penal y defensa pública. La deuda pendiente. En Revista Pena y Estado, Año 5, nº 5, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2002, p. 43.

de calidad para las personas de menos recursos²¹, pero también para cualquier persona, sin importar su condición social, que se vea involucrada en un proceso penal.

Así modelo del *staff*, también llamado del servicio, se destaca por permitir la institucionalización de la defensa pública, hecho que a su vez permite la asunción de responsabilidad por parte de los operadores, favorece la especialización y la cooperación entre sus miembros, tiene capacidad para incidir en la conformación de la jurisprudencia porque puede organizar litigios estratégicos²².

Otra cuestión a considerar es la paridad de armas que debe existir con el Ministerio Público Fiscal. La igualdad de armas no solo se debe dar en el ámbito procesal sino que además se debe dar en el diseño de las instituciones. Desde ya, esto no implica asimilarlas, porque sus funciones son diferentes, ya que mientras el Ministerio Público Fiscal debe, actuando bajo los principios de objetividad y buena fe, ejercer la persecución penal pública dando preminencia a la resolución pacífica de los conflictos penales, en el caso de la defensa pública su misión está orientada de forma exclusiva a la defensa de los intereses de quien asiste. Pero más allá de esa sensible diferencia de funciones entre una institución y otra, ambas deben estar reguladas de modo similar para que estén en pie de igualdad. No puede perderse de vista que la legitimidad del proceso penal acusatorio, materia en la cual la Provincia de Santa Fe realizó importantes avances, reposa en la paridad de armas.

Por último, se debe señalar que la contratación de profesionales externos para que lleven casos elimina la posibilidad de la existencia de una carrera, en tanto su contratación pasa a ser por mecanismos directos, conforme lo establece el proyecto. Además de ser una exigencia de orden convencional, la existencia de una carrera hace a la calidad del servicio. La tarea de la defensora o defensor público no solo hace al conocimiento técnico, que desde ya es más que necesario, sino que exige otros saberes que hacen a la atención de personas vulnerables.

IV. Algunas lecciones sobre la experiencia chilena

Allende la colisión que existe entre la reforma legislativa propuesta y los principios y bases que forman parte del núcleo central de nuestro sistema jurídico, que resulta suficiente según nuestro entender para descartar la modificación legislativa propuesta, las experiencias de implementación de sistemas de defensa

²¹ Carranza, Elias. Criminalización de la protesta. En Revista del Ministerio Público de la Defensa nº 2, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2008, p. 228.

²² Molina, Gonzalo Javier. Defensa pública en la provincia del Chaco, Editorial Contexto, Resistencia, 2014, p. 33.

pública similares, más allá de ser minoritarias en la región, dan cuenta del estrepitoso fracaso de la tercerización masiva de los servicios de defensa pública.

El sistema de defensa pública chileno es un buen ejemplo de ello. La ley 19.718 creó un cuerpo de defensores que funciona bajo las pautas del modelo del *staff*, pero la misma ley también permite que para algunos casos se contraten profesionales externos a la institución mediante licitaciones, lo que suele hacerse con frecuencia.

Este sistema surge a partir de un análisis relativo a su implementación realizado por el Instituto Libertad y Desarrollo que solo analizó su factibilidad desde una mirada economicista pero no desde la mirada del acceso a la justicia y el derecho a la defensa en juicio²³ ²⁴. Si se analizan los objetivos del sistema: asegurar la cobertura y continuidad del servicio, disminuir los costos para el Estado y permitir la participación de abogados particulares²⁵; se puede ver que se consideró una lógica propia del mercado que pone el foco en maximizar recursos y reducir costos sin considerar la calidad del servicio, que además tiene un sistema por demás laxo de control²⁶.

Puntualmente, se creó un Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública, integrado por el Ministro de Justicia o en su defecto el Subsecretario de Justicia, el Ministro de Hacienda o su representante, el Ministro de Planificación o Cooperación o quien designe como representante y dos académicos, uno de ellos designado por el Consejo de Rectores y otro por el Colegio de Abogados con mayor cantidad de matriculados, que tiene a su cargo cumplir las funciones relativas a la contratación de profesionales mediante licitaciones.

Este mecanismo ha recibido críticas por entenderse que el Estado renuncia a asegurar de modo debido el derecho a la defensa; lo que implica pensar cuál es el lugar que se le da a ese derecho en el marco de las funciones que ejerce el Estado. En Chile, la doctrina administrativista distingue entre las funciones estatales y los cometidos estatales. Dentro del primer término quedan comprendidas las potestades jurídicas del Estado, como lo son la constituyente, legislativa, jurisdiccional y

²³ Morales, Ana María y Galleguillos, Flavio, El sistema de licitaciones contractuales de las defensas penales públicas en el nuevo proceso penal chileno. En Revista de Estudios de la Justicia nº 4, año 2004, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 202.

²⁴ La propuesta del instituto solo contemplaba crear un mecanismo de licitaciones pero a instancias de la presión realizada por un sector de la coalición entonces gobernante se decidió crear un organismo, la defensa pública, para contrapesar el poder del ministerio público fiscal (LETELIER GALVEZ, Cristian Andrés, La licitación de defensa penal pública en el nuevo proceso penal chileno, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005, p.16).

²⁵ Letelier Gálvez, Cristian Andrés, La licitación de defensa penal pública en el nuevo proceso penal chileno, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005, p.17.

²⁶ Morales, Ana María y Galleguillos, Flavio, El sistema de licitaciones contractuales de las defensas penales públicas en el nuevo proceso penal chileno. En Revista de Estudios de la Justicia nº 4, año 2004, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 202.

administrativa; mientras que dentro de los cometidos se deberían encontrar la salud, la educación y la defensa pública. A su vez, los cometidos pueden ser esenciales, mereciendo esa calificación aquellos que, por la naturaleza del interés público comprometido, deben ser ejercidos en forma exclusiva por el Estado; mientras que en los no esenciales el Estado puede brindarlos a la par de los particulares²⁷. Considerando esa calificación, se postula que la defensa pública debe ser un cometido esencial privativo del Estado, por encontrarse en juego varias cuestiones que hacen al interés público, cual es que se evite la condena de personas inocentes, que exista equilibrio con la acusación y que se respeten los derechos y garantías de las personas acusadas. Así, al tratarse de cuestiones que exceden el mero interés de las personas acusadas, el Estado debe desarrollar una política pública orientada a la prestación del servicio de defensa pública²⁸.

Sin lugar a dudas, esta definición es acorde con una concepción que entiende al derecho a la defensa como un derecho fundamental. Además, se ha entendido que el sistema de licitaciones vulnera el principio de igualdad en tanto los montos que se disponen para las licitaciones son bajos, lo que implica que las personas que son defendidas por un profesional contratado bajo esa modalidad no asegure un servicio de calidad²⁹.

La prueba viviente de ello puede encontrarse en el hecho de que en el año 2017 la quiebra de una empresa que prestaba servicios de defensa pública bajo el modelo de licitaciones, puso al sistema al límite, al dejar a miles de personas en situación de indefensión. Ello pudo evitarse, gracias al trabajo desinteresado de muchos defensores y defensoras, que aún sin cobrar su salario, siguieron ejerciendo su función para no dejar desamparadas a las personas cuya defensa tenían a su cargo.

V. Tendencias locales y regionales en lo tocante a la regulación de la defensa pública

A contramano del sentido adoptado por el proyecto bajo estudio tanto en nuestro país como en la región se dieron en los últimos años diversas iniciativas tendientes a fortalecer a la defensa pública. Es imposible dar cuenta aquí de todas esas experiencias con sus matices y particularidades³⁰.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Morales, Ana María y Galleguillos, Flavio, El sistema de licitaciones contractuales de las defensas penales públicas en el nuevo proceso penal chileno. En Revista de Estudios de la Justicia nº 4, año 2004, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 203.

²⁹ Morales, Ana María y Galleguillos, Flavio, El sistema de licitaciones contractuales de las defensas penales públicas en el nuevo proceso penal chileno. En Revista de Estudios de la Justicia nº 4, año 2004, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 203 a 205.

³⁰ Sobre el punto ver: Vargas, Nicolás Omar, La defensa pública en América, genealogía, devenir y porvenir desde una perspectiva latinoamericana, Olejnik, 2023 y Defensa pública y autonomía (Edunpaz, 2023b).

En el plano local se debe mencionar la reciente sanción de la Ley 10.915 en la provincia de Córdoba y también es necesario traer a colación las leyes sobre defensa pública de Neuquén (2013), Jujuy (2015/2016), Mendoza (2016), Tucumán (2017), Santiago del Estero (2019), San Juan (2021), San Luis (2021) y La Rioja (2021). Un poco más atrás en el tiempo, deben ser mencionadas las regulaciones adoptadas para el fuero nacional y federal, primero con la Ley N° 24.946 del año 1998 y luego la Ley N° 24.149 del 2015, como las leyes de la Ciudad Autónoma (la ley vigente es de 2005, pero la primera ley sobre defensa pública es del año 1998), Chubut (2002), Entre Ríos (2004) y Salta (2004). La ley que creó el Servicio Público Provincial de Defensa Pública de Santa Fe (2009) debe ser mencionada en este grupo de leyes, en el que se advierte la influencia de la regulación adoptada en la Constitución Nacional a partir de la reforma constitucional de 1994, que se replicó en los estados provinciales.

En el terreno regional, se debe mencionar que en México, la organización de la defensa pública varía según cada estado, aunque no puede perderse de vista, además de las pautas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos, al diseño constitucional establecido en 2008. En la reforma constitucional que tuvo lugar ese año, conocida como la reforma penal, se modificó la redacción del artículo decimoséptimo del texto constitucional estableciéndose que tanto el estado federal, como los estados y el distrito federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población que además contemple las condiciones de un servicio de carrera para los defensores. Esto redundo en que, en los últimos años, se dicten leyes para regular a la defensa pública en algunos estados.

En el caso de Brasil, cuyo sistema de defensa pública ha sido caracterizado como uno de los más importantes del mundo en lo que hace al acceso a la justicia³¹, la Constitución Federal sancionada en el año 1988 puede verse como un momento bisagra. En su artículo 134 dispone que la defensa pública es una institución esencial en el ámbito de la función jurisdiccional, teniendo a su cargo la orientación jurídica y la defensa, en todas las instancias de las personas necesitadas y además establece la inamovilidad de los defensores y la prohibición de ejercer otros cargos. Esta definición, aunada a la posición institucional que se le dio a la defensa pública en el texto constitucional, permite que la defensa oficial sea caracterizada como un cuarto poder que tiene a su cargo la función de proveer el acceso a la justicia, posición que también es compartida por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal³². Una ley

³¹ Garth, Bryant. G. Prefácio. En Pesquisa Nacional da Defensoria Pública 2021, Brasília, DPU, 2021, p. 7.

³² Así lo entendió el Supremo Tribunal Federal en la decisión adoptada en pleno el 18 de mayo de 2016 (ADI n° 5296), donde se afirmó que las instituciones contenidas en el cuarto capítulo del título cuarto del texto constitucional se ocupa de las llamadas funciones esenciales de la justicia. Por lo cual, por disposición constitucional, tanto el Ministerio Público, como la regulación que se hace de la abogacía pública y la Defensoría Pública son instituciones que no integran la estructura del poder ejecutivo, legislativo o judicial,

complementaria organiza a la Defensoría Pública de la Unión y también establece las bases para la organización de la institución en los diferentes estados. Se trata de una situación por demás particular, en tanto se trata de una política nacional de acceso a la justicia cuya ejecución queda en manos de los gobiernos locales³³.

La reforma constitucional que tuvo lugar en el año 2004, mediante la Enmienda Constitucional 45, además de reformar el sistema judicial en su conjunto, en lo que hace a la defensa pública estableció la autonomía funcional y administrativa de los sistemas de defensa pública estatales, aunque no se consagró la autonomía ni de la Defensoría Pública de la Unión ni de la Defensoría Pública del Estado Federal³⁴; situación que fue corregida en el año 2013, cuando se hizo extensiva la autonomía de la defensa pública a la institución nacional y a la que actúa en el estado federal³⁵.

VI. Ideas finales

Llegado este punto solo queda recordar que de acuerdo al texto de la Constitución Nacional como por las condiciones de vigencia del derecho internacional de los derechos humanos existe una obligación, de la cual no pueden sustraerse los estados provinciales, de darse sus propios sistemas de defensa pública. En este punto es ineludible la existencia de una institución que contenga a los defensoras y defensores públicos. Un diseño institucional que reposa en la contratación de profesionales externos como el que se propone, que implica la tercerización del servicio, supone una balcanización del servicio de defensa pública que debilita su institucionalidad, y por lo tanto su rol de balance en el marco del proceso penal acusatorio.

Lomas de Zamora, 10 de enero de 2024

dado que conforman un complejo orgánico de instituciones constitucionales o instituciones primarias del estado de derecho.

³³ Queiroz Moreira, Thiago de Miranda. Disputas institucionais e interesses corporativos no sistema de justiça: impasses na criação da defensoria pública nos estados. En *Dados*, revista de ciências sociais, Vol. 62 (4), Instituto de Estudos Sociais e Políticos de Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

³⁴ En el sistema de defensa pública de Brasil existe una Defensoría Pública de la Unión que actúa en el ámbito de la justicia federal y en las instancias administrativas de la Unión, mientras que la Defensoría Pública del Estado Federal actúa en la capital del país, y las defensorías estatales hacen lo propio en cada uno de los estados; de acuerdo a la definición que brinda la Ley Complementaria Federal 80/1994.

³⁵ Sousa Bessa, Leandro. O papel da defensoria pública na resistência á criminalização da pobreza, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2020, p. 204 y sgtes.